Die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung in ihrer neuesten Entfaltung und ihrem Verhältnis zu Artikel 153 RV

Abhandlung

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

vorgelegt von

Herbert Friebertshäuser,
Referendar
in Mettmann

Verlagsdruckerei Hans Plasnick, Großenhain i. Sa.
1930

Angenommen auf Bericht
des Geh. Hofrats Professor Dr. R. Thoma und
des Geh. Justizrats Professor Dr. H. Schreuer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literatur

Anschütz, G.: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 8. Aufl., Berlin 1928; 10. Aufl. 1929.

— Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850, Kommentar Bd. I, Berlin 1912.

Biermann, Joh.: Sachenrecht. Komm. 3. Aufl., Berlin 1914.

Berichte und Protokolle des Achten Ausschusses der Nationalversammlung über den Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches (in Berichte der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung 1919 Nr. 21). Berlin 1920.

Eskens: Erläuterungen zum Quellenschutzgesetz in Zeitschrift für Bergrecht, Jahrg. 49, S. 358. Berlin 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichtes.

Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes.

Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

Furler, Hans: Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates, in Verwaltungsarchiv, Bd. 33 S. 340 ff.

Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. Bd. II: Sachenrecht, Leipzig 1905.

Giese, F.: Verfassung des Deutschen Reiches. Kommentar, 7. Aufl., Berlin 1926.

Grünhut: Das Enteignungsrecht. Wien 1873.

Hamelbeck: Landesrechtliche Eigentumsbeschränkung ohne Entschädigung; in JW. 1929 S. 714 ff.

Hatschek: Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechtes. 4. Aufl. Leipzig 1924.

Hedemann: Die Umwandlung des Eigentumsbegriffes, in Recht und Wirtschaft, 1922, S. 585 ff.

Helfritz, Hans: Die Entwicklung des öffentlichen Rechtes in Preußen seit Inkrafttreten der neuen Verfassung, in Jahrbuch des öffentlichen Rechtes Bd. XIV, S. 232. Tübingen 1926.

Hensel, Alb.: Art. 150 der Weimarer Reichsverfassung und seine Auswirkung im preußischen Recht; im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 53 S. 394. Tübingen 1928.

Hey, H. R.: Die Ortsstatuten und das Bauverbot des Fluchtliniengesetzes. Bonn 1913.

Holstein, G.: Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, in öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, Heft 3, Berlin 1921.

Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.

— Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1928, 2. Aufl. 1929, Berlin.

Kaufmann, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrecht; in Stengel-Fleischmann Handwörterbuch, S. 688 ff.

Kohler, J.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2, Berlin 1919.

Krückmann: Enteignung und Einziehung nach alter und neuer Reichsverfassung. Leipzig 1925.

Layer, M.: Prinzipien des Enteignungsrechtes, in Staats- und völkerrechtlichen Abhandlungen, Bd. III, Leipzig 1902.

Leibholz, G.: Die Gleichheit vor dem Gesetz; in Öffentlich-rechtlichen Abhandlungen, Heft 6, Berlin 1925.

Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1917, 3. Aufl. 1924. München und Leipzig.
Meyer: Enteignung und Städtebau, in Preuß. Verwaltungsblatt, Jahrg. 49 S. 130 f.
Poetzsch-Hefter: Handkommentar der Reichsverfassung. 3. Aufl. Berlin 1928.
Rieß, A.: Enteignungstypen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nach der Weimarer Reichsverfassung; in Leipziger Zeitschrift 1928 S. 217 ff.
Rümelin, M.: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Tübingen 1928.
Schelcher: Eigentum und Enteignung nach der Reichsverfassung; in Fischers Zeitschrift für Verwaltung; Bd. 60 S. 137 ff.
Schmitt, C.: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.
— Unabhängigkeit der Richter, Gleicheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Reichsverfassung, Rechtsgutachten. Berlin 1926.
— Die Auflösung des Enteignungsbegriffes; in JW. 1929 S. 495 ff.
Schlichting, K.: Sind Landesgesetze noch gültig, die bei bloßer Beschränkung des Grundeigentums eine Entschädigung versagen?; in JW. 1928 S. 2426 und 29 S. 1947.
Soelling, K.: Eigentumsbeschränkung und Enteignung nach der Reichsverfassung; in Jurist. Rdschau. 1928 S. 40 ff.
Stammler, R.: Eigentum und Besitz, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. III, S. 332 ff. Jena 1926.
Stier-Somlo, Fr.: Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßem Zustand, in Verwaltungsarchiv Bd. VI S. 275 ff.
— Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum, in Verwaltungsarchiv Bd. XVIII S. 140 ff. und Bd. XIX S. 43 ff.
Thoma, R.: Der Polizeibefehl im Badischen Recht. Bd. I, Tübingen 1906.
— Grundrechte und Polizeigewalt; in Festgabe für preuß. OVG. Berlin 1925.
— Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen; in Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung S. 1 ff. 1929.
Triepel, H.: Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien. Rechtsgutachten. 1924.
Windscheid-Kipp: Pandekten, 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Wittmayer: Enteignung, in Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Bd. III, S. 730 ff.
Wolff, M.: Reichsverfassung und Eigentum; in Festgabe für Kahl. Tübingen 1923.
— Sachenrecht, 6. Bearbeitung, aus Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes. Bd. II, 1, Marburg 1926.

Der dritte Band des im Druck befindlichen, von Nipperdey herausgegebenen Werkes: „Die Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", mit Beitrag von Schelcher: Eigentum und Enteignung, war bei Abschluß vorliegender Arbeit noch nicht erschienen und konnte leider nicht mehr benutzt werden.

Aufbau der Arbeit

Einleitung.

Seite

Rechtfertigung und Ziel der Untersuchung über die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung 7

Erster Hauptteil.

Die Lehren über das Wesen und die rechtliche Struktur der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung in der privat- und öffentlich-rechtlichen Literatur.

1. Die gemeinrechtliche Auffassung 9
2. Die Lehre Otto v. Gierkes 10
3. Die Lehre Martin Wolffs, Biermanns und Layers . . 11
4. Die Kontroverse zwischen Otto Mayer und Günther Holstein 16

Zweiter Hauptteil.

Neuere gesetzliche Fälle der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen.

1. Das Preußische Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften u. landschaftlich hervorragenden Gegenden 20
2. Das preußische Quellenschutzgesetz 25
3. Die Beschränkungen nach dem preußischen Wassergesetz 30
4. Das preußische Ausgrabungsgesetz 33
5. Die Nachkriegsgesetze 34
   a) Das Reichsbaumbestandsgesetz 34
   b) Die Reichskunstschutzverordnungen 35
   c) Das Reichssiedlungsgesetz 37
   d) Das preußische Wohnungsgesetz und Reichskriegergräbergesetz 39

Dritter Hauptteil.

1. Das Rechtsinstitut der Enteignung und seine Abgrenzung von der öffentlich-rechtlichen Beschränkung.

a) Der Enteignungsbegriff und seine jüngste Entwicklung 46
b) Die Abgrenzung der Enteignung von der Beschränkung 46
c) Insbesondere die Unterscheidung nach dem Kriterium des Allgemein- und Einzeleingriffs 51
d) Konfiskation, Einziehung und öffentliches Eigentum 61

2. Die Eigentumsgarantien in Artikel 153 RV. und ihre Bedeutung für Eingriffe des Gesetzgebers in das Eigentum.

a) Die Rechtsinstitutsgarantie 62
b) Die Garantie des Einzeleigentums 63
c) Die Bindungen des Gesetzgebers auf dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch diese Garantien 65

Schluß.

Die Würdigung des Eigentumsschutzes und die Entschädigung für staatliche Eingriffe in das Eigentum 72

Einleitung

Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen verdienen zur Zeit unter einem doppelten Gesichtspunkt eine juristische Betrachtung.

Einerseits haben sich die wirtschaftlichen und sozialpolitischen Anschauungen von einer überwiegend individualistischen Bewertung des „Eigentums" im weiteren Sinne und des privatrechtlichen Grundstückseigentums im besonderen abgewandt. Die soziale Verpflichtung und Gebundenheit des Eigentums wird betont im Sinne jenes Satzes der Deutschen Reichsverfassung — Art. 153 Abs. 3 — „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst für das Gemeine Beste sein". In der Richtung dieser Entwicklung liegt eine Vermehrung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach Art und Umfang, sowohl durch Reichsgesetze, wie auch durch Landesgesetze.

Auf der anderen Seite aber errichtet die Reichsverfassung in Art. 153 Abs. 2 eine Schranke zum Schutze des Privateigentums. Sie ist allerdings für den Reichsgesetzgeber nicht sehr empfindlich, weil er sich und andere im Wege des einfachen Gesetzes von einer etwaigen Verpflichtung zu angemessener Entschädigung entbinden kann. Wohl aber vermag, je nach der Auslegung, die man dem umstrittenen Abs. 2 des Art. 153 gibt, diese Schranke den Landesgesetzgeber empfindlich zu hemmen bei Begründung neuer oder Ausbau vorhandener öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen.

Um einen Beitrag zur Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung zu liefern, soll im folgenden der Reihe nach untersucht werden:

1. die vor der Erlassung der Weimarer Verfassung in der deutschen Jurisprudenz, insbesondere in der Verwaltungsrechtswissenschaft herrschenden Ansichten über Begriff und rechtliche Struktur der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen;
2. die Frage, welche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen die neuere und neueste Reichs- und vornehmlich preußische Landesgesetzgebung geschaffen hat und wie sie im einzelnen gestaltet sind;
3. die Frage, ob und in welchem Umfange Art. 153 RV. die Schaffung neuer oder Erweiterung bestehender öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen durch den Landesgesetzgeber an die Gewährung von Entschädigung bindet oder gar völlig untersagt.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548917_0086

Erster Hauptteil

In der gemeinrechtlichen Jurisprudenz haben die Beschränkungen des Eigentums wenig Behandlung gefunden. Eine nur privatrechtliche Betrachtungsweise des Eigentumsbegriffs hat eine tiefgehende Untersuchung des Verhältnisses des „absoluten" Eigentums zum öffentlichen Recht nicht aufkommen lassen. Dazu kam, daß nach dem Vorgang Savigny's[1]) der Besitz viel mehr zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen wurde, als das Eigentumsrecht. Kennzeichnend für die privatrechtliche Auffassung ist die enge Verknüpfung der Eigentumsbeschränkungen mit dem Wesen des Eigentums selbst. Man erkennt ohne weiteres an, daß eine rücksichtslose Durchführung der Konsequenzen aus der absoluten Natur des Eigentumsbegriffs „ohne erhebliche Übelstände"[2]) nicht möglich ist. Abbrüche von den Rechten des Eigentums kraft Gesetzes werden deshalb nicht vermeidbar sein. So kam man zu dem Begriff der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, — im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen, subjektive Rechte begründenden Beschränkungen —, der ein Sammelbegriff ist für ein Gemisch rein äußerlich ähnlicher privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Fälle, in denen der normale Eigentumsinhalt aus irgendwelchen Gründen nicht voll zur Entfaltung kommt. Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen sind für die gemeinrechtliche Theorie nur insoweit von Interesse und wertvoll, als sie mit dem eigentlichen Inhalte des Eigentumsbegriffes in Widerspruch stehen, indem sie angeben, um wieviel das Eigentum enger und eingeschränkter ist, als man nach seinem Wesen eigentlich anzunehmen berechtigt wäre. Derartige Beschränkungen erscheinen denn ja auch natürlich, wenn man an die traditionelle Begriffsbestimmung des Eigentums denkt, die das Wesen desselben in einer „gänzlichen und ausschließlichen Privatherrschaft des Subjekts über die Sache" sieht[3]).

Erst die Privatrechtsliteratur unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches hat sich um eine Vertiefung des Begriffs der Eigentumsbeschränkungen bemüht. Es ist namentlich O. Gierke[4]), der unter Verlassung gemeinrechtlicher Lehrmeinungen und unter Zugrundelegung des deutsch-rechtlichen Eigentumsbegriffs zu einem Begriff der Eigentumsbeschränkung gelangt.

[1]) Savigny, Das Recht des Besitzes 1803.
[2]) Windscheid-Kipp, Pandekten S. 861.
[3]) Vgl. dazu Bekker in Jher. Jahrb. Bd. 5 S. 147 ff.
[4]) Dtsches Privat-R. Bd. II S. 361 ff. und S. 401 ff.

der nicht etwas grundsätzlich Prinzipwidriges gegenüber einem unbeschränkten Recht ist, sondern der dem Wesen des Eigentumsrechtes immanent ist. Nach Gierke trägt das deutsche Eigentum Schranken in seinem Begriff[5]), es ist kein absolutes unumschränktes Recht, „vielmehr reicht es nur soweit es das von der Rechtsordnung gebilligte und mit Rücksicht auf die Beschaffenheit und Zweckbestimmung der einzelnen Sachgüter abgegrenzte rechtliche Interesse erfordert. Auch ist das Eigentum nicht zum Mißbrauch, sondern zum rechten Gebrauch verliehen. Vor allem beruht die Grundeigentumsordnung auf dem System einer mannigfach ausgebauten Gebundenheit des Eigentums". Diese Tendenz zum Sozialethischen, zur Sozialpflichtigkeit des Eigentums ist der markanteste und eigentümliche Zug des Eigentumsbegriffs, wie ihn Gierke zeichnet. Dieses soziale Element ist auch in den Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches übergegangen, wenn es auch die römisch-rechtliche Auffassung nie ganz besiegt hat, so mußte sich diese doch eine „vielseitige deutsch-rechtliche Brechung gefallen lassen"[6]). Deshalb ist auch für ihn das heutige Eigentum kein unbegrenztes, auf Sachherrschaft gerichtetes Recht, es kann die Sache „nur innerhalb des vom öffentlichen Recht freigelassenen Bereiches ergreifen; die private Sachherrschaft muß vor der öffentlichen Sachherrschaft zurücktreten und im Kollisionsfalle weichen"; das Eigentum ist an einzelnen Arten von Sachen öffentlich-rechtlichen Eingriffen ausgesetzt und durch solche Einschränkungen geschmälert. Namentlich gilt das für das Grundeigentum, das als vaterländischer Boden von vornherein enger begrenzt ist, als das Fahrniseigentum. So kann an Grundstücken die Sachherrschaft nicht „den Inhalt einer den Sachkörper völlig durchdringenden Macht haben"[7]).

Die Beschränkungen des Eigentums sind dann die begriffliche Konsequenz eines Eigentums überhaupt und sind auf Gesetz beruhende Verengungen des Eigentumsinhaltes. Insbesondere wieder das „Grundeigentum unterliegt teils an allen, teils an gewissen Grundstücken Beschränkungen, die unmittelbar durch Rechtssatz begründet sind"[8]). Gierke unterscheidet sodann zwei Gruppen von Eigentumsbeschränkungen: Beschränkungen des Eigentumsrechts und Beschränkungen des Eigentumsinhalts, je nachdem sie sich auf die Verfügung über das Recht an der Sache oder über den Sachkörper selbst beziehen und dieses mindern. Beschränkungen des Eigentumsrechtes sind danach Rechtssätze, durch die die rechtliche Verfügungsmacht über einen Eigentumskörper beengt wird, wie Veräußerungs-, Teilungs- und Belastungsbeschränkungen. Dagegen wird durch die Rechtssätze, welche den

[5]) a. a. O. S. 358, 364.
[6]) a. a. O. S. 361.
[7]) Gierke a. a. O. S. 362.
[8]) a. a. O. S. 404.

Inhalt des Eigentums einschränken, dem Eigentümer ein Verbot auferlegt, sein Eigentum in bestimmter Weise zu gebrauchen oder ihm das Recht entzogen, bestimmte Eingriffe Fremder zu untersagen oder endlich für ihn die Pflicht geschaffen zu bestimmten Leistungen. Die Beschränkung des Eigentums wirkt sich in den beiden ersten Fällen wie die Belastung mit einer Dienstbarkeit, im letzteren Falle wie eine Reallast aus[9]). Somit ist es verständlich, wenn man erstere Fälle häufig als auferlegte gesetzliche Dienstbarkeiten betrachtet hat. Die Beschränkungen des Eigentumsinhalts wie des Eigentumsrechts sind dann entweder öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche, die sich danach unterscheiden, ob sie im öffentlichen oder im Interesse anderer Privatpersonen bestehen[10]). Die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen begründen ein staatliches Hoheitsrecht an dem Eigentum, den privatrechtlichen Beschränkungen entspringen nur mehr oder weniger begrenzte dingliche Privatrechte anderer am Eigentum.

In Konsequenz seiner deutsch-rechtlichen Eigentumsauffassung sieht Gierke[11]) in den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen kein aus dem Eigentum an fremder Sache geschöpftes Recht, sondern einen „Bestandteil der das Eigentum zurückschiebenden öffentlichen Sachherrschaft", das sich sehr einem „selbständigen öffentlichen Sachenrechte" nähert. Die einzelnen hierher gehörenden Beschränkungsfälle sind die Beschränkungen des Eigentums auf Grund der Militärhoheit, baupolizeiliche Beschränkungen, ferner solche der Gewerbe- und Kulturpolizei, der Forst-, Berg-, Wege-, Wasser- und Telegraphenhoheit.

Auch M. Wolff[12]) kennzeichnet, ausgehend von dem privatrechtlichen Eigentumsbegriff — Eigentum ist das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann — die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Eigentums als von der Rechtsordnung gegebene Normen, die, indem sie das private Eigentum in den Dienst des gemeinen Nutzens stellen, einzelne der Herrschaftsmöglichkeiten aus dem Eigentum dem Eigentümer verschließen. Gegen das grundsätzlich freie Eigentum stehen viele „Ausnahmen", die eine Beschränkung kraft öffentlichen Rechts in der Ausübung des freien Beliebens enthalten, wie es der § 903 BGB. gewährt. Diese Einschränkungen des freien Beliebens des Eigentümers zeichnet Wolff nach rein zivilrechtlichen Typen in drei Richtungen:

a) der Eigentümer darf nur innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung mit seinem Eigentum beliebig verfahren, sei es durch tatsächliche oder rechtliche Handlungen oder Verfügungen,

[9]) a. a. O. S. 407.
[10]) a. a. O. S. 405/06.
[11]) a. a. O. S. 408.
[12]) Wolff, Sachenrecht, Lehrb. §§ 51, 52.

b) der Ausschließung Anderer sind Schranken gesetzt,
c) der Eigentümer ist zu einer sozial sachgemäßen Ausübung seines Eigentumsrechtes verpflichtet.

Die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erscheinen nach ihm in folgender dreifacher Form und Wirkung: 1. dem Eigentümer können bestimmte, sonst zulässige Handlungen verboten sein, er ist sie zu unterlassen verpflichtet; 2. an oder auf seinem Eigentum können Fremde bestimmte Handlungen vornehmen, der Eigentümer ist sie zu dulden verpflichtet; 3. von dem Eigentümer können bestimmte Handlungen verlangt werden, er ist zu ihrer Vornahme (Tun) verpflichtet.

Gegenüber diesen beiden Autoren bringt die übrige privatrechtliche Literatur keine wesentlich neueren Gedankengänge. Auch Biermann[13]) beschränkt sich darauf, zu erklären, daß die Befugnisse des Eigentümers aus § 903 BGB. nur soweit bestehen, als nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Solche Gesetze öffentlich-rechtlichen Inhalts schaffen die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die durch die staatlichen Organe zur Geltung gebracht werden.

Neben diesen privatrechtlichen Autoren versucht Layer[14]) in gründlicher Weise die gesetzlichen Beschränkungen des Eigentums von dem Institut der Enteignung abzugrenzen. Im Hinblick auf das Ziel seiner Untersuchung ist es verständlich, wenn besondere öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte bei ihm nicht auftreten. Nach ihm ist die bloße Beschränkung eine nach Maß und Umfang geringere Entziehung von Rechten — ein minus — als die Enteignung. Die im „öffentlichen Interesse" bestehenden Beschränkungen zeichnen sich für ihn meist nur durch eine intensivere und weitergehende Art aus.

Die vorstehend behandelten Betrachtungen des Eigentumsrechts und seiner Beschränkungen sind insofern einseitig, weil sie nur von privatrechtlichen Gesichtspunkten ausgehen. Öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte treten völlig zurück und erscheinen nur da, wo es sich nach oberflächlicher Prüfung um Einweisung des betreffenden Rechtssatzes in das privat- oder öffentlich-rechtliche Gebiet handelt. Während nämlich im Privatrecht die Abgrenzung der Rechte zueinander auf der Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit der Subjekte beruht, handelt es sich im öffentlichen Recht um das Unterworfensein des Untertans unter die Gewalt des Staates. Einseitig ist deshalb vor allem die Auffassung über Begriff, Wesen und Inhalt des Eigentums. So ist denn „Eigentum" das Recht des Eigentümers, mit dem Gegenstand seines Rechts nach Belieben zu verfahren, nur im Verhältnis zu anderen Privatrechtssubjekten — abgesehen davon, daß ihnen keine Privatrechtsansprüche gegenüber dem Eigentümer zu-

[13]) Biermann, Sachenrecht S. 143.
[14]) Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes S. 41, 55.

stehen —. Es ist aber nicht ein Recht, im Verhältnis zur öffentlichen Gewalt mit dem Gegenstand des Rechts beliebig zu verfahren.

Von „öffentlichen Rechts wegen" kann vielmehr:

a) ein individueller Staatsakt subjektive Vermögensrechte vernichten oder substantiell beschränken;

b) ein allgemeiner Rechtssatz des öffentlichen Rechts im öffentlichen Interesse irgendwelche nach Privatrecht an und für sich zulässige Ausnutzung eines subjektiven privaten Vermögensrechtes — eine „Gebarung mit dem Eigentum" — verbieten oder irgendwelche privatrechtlich nicht gebotene Verpflichtung auferlegen;

c) ein individueller gesetzmäßiger — d. h. gesetzlich ermächtigter oder gesetzförmiger — Staatsakt eine „Gebarung" mit dem Eigentum verbieten oder gebieten.

Es sind die zu b) umschriebenen Normen, welche als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen bezeichnet zu werden pflegen. Von ihnen soll in dieser Arbeit hauptsächlich die Rede sein. Insbesondere aber von der Frage, ob Neubegründung solcher Normen unter die Regel des Art. 153 RV. fällt.

Die wissenschaftliche Durchdringung des öffentlichen, namentlich des Staats- und Verwaltungsrechtes, brachte auch eingehendere Untersuchungen über die subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber der staatlichen Gewalt mit sich. Der Altmeister der deutschen Verwaltungsrechtsmeisterschaft, O. Mayer, ist es vor allem, der uns in seinem großen Systematischen Handbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes eine methodische Darstellung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gibt. Seine Lehre hier in den Grundzügen darzustellen, werden wir nicht umgehen dürfen.

In Anlehnung an bürgerlich-rechtliche Rechtsbegriffe unterscheidet O. Mayer[15]) die öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit und eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung „im eigentlichen Sinne". Zwischen beiden Instituten bestehen grundsätzliche, wesentliche Unterschiede.

Die öffentliche Dienstbarkeit ist entweder Dienstbarkeit der öffentlichen Sache oder eine durch Gesetz oder gesetzmäßigen Verwaltungsakt dem Einzeleigentum auferlegte öffentliche Dienstbarkeit. Im ersteren Falle stellt sie auf Grund einer sogen. Widmung selbst das öffentliche Unternehmen dar, im zweiten Falle ist sie ein Eingriff in die Freiheit des Einzeleigentums, um das betroffene Eigentum (nach Mayer nur Grundstücke) zu Gunsten eines außerhalb stehenden öffentlichen Unternehmens öffentlich-rechtlich zu belasten[16]). Die auferlegte öffentlich-rechtliche Dienst-

[15]) a. a. O. S. 107 ff. und S. 118 ff.
[16]) a. a. O. S. 108.

barkeit beruht auf einem für einen anderen begründeten Recht, das an einem bestimmten Grundeigentum wirksam wird, seine Wirkung ist dann eine Zurückdrängung des gegnerischen Eigentums. Ein auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhendes Recht ist deshalb das Primäre der öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit, sie entsteht mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes.

Die auferlegte öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit erscheint im positiven Recht in den verschiedensten Formen: bei vorübergehenden Benutzungen fremder Grundstücke zu Herstellungsarbeiten für ein öffentliches Unternehmen, als Bauverbote auf künftiges Straßengelände oder anliegender Grundstücke, als Leinpfadgerechtigkeit an schiffbaren Flüssen oder endlich als reichsgesetzliche Rayonservitut an Festungswerken.

Im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit steht die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung. Sie beruht nicht auf dem Recht eines Anderen — der öffentlichen Verwaltung —, das wirksam das Eigentum an einem bestimmten Grundstück zurückdrängt, sondern bedeutet „eine dem Eigentum allgemein und im voraus anhängende Schwäche[17])“ gegenüber der öffentlichen Verwaltung. „Sie erfaßt die Seite des Eigentums, wonach es die rechtliche Macht enthält, andere von der Einwirkung auf diese Sache auszuschließen, und verneint diese Macht in bestimmter Beziehung; in dieser Beziehung wirkt das Eigentum nicht, es ist wehrlos.“ Der aus dieser Schwäche entspringende Vorteil kommt zwar dem „anderen“ — das ist die öffentliche Verwaltung oder der sonst Berechtigte — zugute, aber er ist nur ein Recht, das auf dem Reflex der Schwächewirkung des gegenseitigen Eigentums beruht. Diese öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung bedarf der gesetzlichen Grundlage nicht. Sie, die ebenso wie im bürgerlichen Recht nur an Grundstücken besteht, beruht wie jene auf gewissen, allgemein anerkannten Notwendigkeiten des geordneten menschlichen Zusammenlebens. Der Grundgedanke ist auch hier wie im bürgerlichen Recht, eine Regelung der kollidierenden Eigentumsverhältnisse zu treffen und den notwendigen Ansprüchen staatlichen Tätigwerdens gerecht zu werden. Die Eigentumsordnung im öffentlichen Recht „stellt nicht die Eigentümer einander gegenüber, sondern die Eigentümer und die öffentliche Gewalt und hat zur Grundlage den Gedanken, daß die Kraft der Verwirklichung der Staatszwecke unzulässigerweise beeinträchtigt würde, wenn jedesmal haltgemacht werden müßte bis zur vollen Auseinandersetzung mit der Heiligkeit des Eigentums[18])“. Auch diese Beschränkungen suchen natürlich ihre Stütze in erster Linie in ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen, bedürfen ihrer aber nicht

[17]) a. a. O. S. 118.
[18]) Gierke a. a. O. S. 119.

notwendig und ergänzen sich durch das „ungeschriebene Recht". „Es macht sich wie bei den Grenzen der persönlichen Freiheit auch bei den Grenzen der Freiheit des Eigentums eine allgemeine gesellschaftliche Anschauung geltend von dem, was notwendig dazu gehört und was unter Umständen zurückstehen muß[19])." Zum Ausdruck kommen diese gesellschaftlichen Anschauungen durch die jeweilige Rechtshandhabung der Behörden. Einzelne auftauchende, das Eigentum beschränkende Gesetze bedeuten deshalb nicht sowohl eine Schöpfung, als auch zugleich eine Bestätigung obigen Rechtsgedankens[20]). Den Eingriffen der öffentlichen Gewalt gegenüber hat nach O. Mayer der Einzelne keinen Anspruch auf Beseitigung der Störung, oder auf künftige Unterlassung oder gar auf Schadenersatz, kurz er verneint die ordentlichen Rechtsfolgen der „Eigentumsverletzung" und spricht dem Geschädigten höchstens nur eine Entschädigung nach öffentlich-rechtlichen Billigkeitsrechtssätzen zu.

Die Anwendungsfälle der O. Mayer'schen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung sind überaus mannigfaltig: Immissionen aus dem öffentlichen Nachbarrecht, die von anliegenden öffentlich-rechtlichen Betrieben herrühren, wie von Schießplätzen oder Eisenbahnen; ferner Fälle, in denen der Eigentümer das Betreten von Grundstücken nicht verbieten darf, gegenüber Zollbeamten, Aufsichtsbeamten, Polizeibeamten und der Feuerwehr in Ausübung ihres Dienstes; zur Vorbereitung staatlicher Kunstbauten, Truppenübungen und endlich die Inanspruchnahme fremden Eigentums für Aufgaben der engeren öffentlichen Verwaltung, wie Anbringung von allerlei Vorrichtungen, Straßenschildern, Hausnummern, Briefkästen, Straßenlaternen, Straßenbahnrosetten, Telegraphen- und Telephondrahtträgern u. a. m. Damit sind aber die Möglichkeiten noch nicht ausgeschlossen; für den ein oder anderen Punkt mag die Rechtsentwicklung noch im Fluß sein. Auch könne man darüber streiten, ob schon eine allgemeine Anschauung über die Grenzen der Freiheit des Eigentums sich überall gebildet habe, namentlich bei schwereren Eingriffen sei es zweifelhaft. Indessen sei aber das Bewußtsein von der Notwendigkeit der öffentlichen Verwaltung sichtlich im Fortschreiten begriffen und damit auch die Weiterbildung der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung gegeben[21]).

Weiter auch lassen sich alle diese Fälle der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach O. Mayer durch sichere Erkennungszeichen abgrenzen. Die Kriterien werden folgendermaßen angegeben: es muß sich zunächst einmal um eine tatsächliche Einwirkung auf ein fremdes Grundstück handeln, die durch ein daran erworbenes Recht gestattet ist. Diese Einwirkung muß zweitens

[19]) a. a. O. S. 120.
[20]) a. a. O. 2. Aufl. S. 224.
[21]) a. a. O. S. 130.

ausgehen, gleichgültig ob beabsichtigt oder unwillkürlich, von der öffentlichen Verwaltung oder ihren Einrichtungen. Das ist das Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung nach O. Mayer. —

Diese Lehre hat durch G. Holstein in einer Spezialabhandlung: „Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung" eine scharfe Widerlegung erfahren, und, um es von vornherein zu sagen, nicht unberechtigte Kritik gefunden. Holstein hegt gegen die O. Mayer'sche Auffassung trotz ihrer dogmatisch harmonischen Gestaltung wichtige Bedenken, und seine Kritik hat zu einer heftigen Kontroverse zwischen ihm und O. Mayer geführt.

Zunächst einmal findet Holstein in der Grundlage des Instituts der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, daß sie sich neben Gesetzesrecht auf gesellschaftlicher Anschauung und Behördenübung als ungeschriebenes Recht entwickelt findet, eine rechtspolitische Gefahrenquelle und zugleich einen Widerspruch mit der Anschauung über die grundsätzliche Ablehnung des Gewohnheitsrechtes als Rechtsquelle für das Verwaltungsrecht im Allgemeinen Teil des O. Mayerschen Werkes. Selbst wenn man diesen grundsätzlich ablehnenden Standpunkt O. Mayers nicht teilt, meint er, so könne doch einseitiges Handeln der Behörden an sich trotz längerer Dauer noch kein Recht erzeugen. „Wenn gesellschaftliche Anschauung rechtsbildend wirkt, dann wird sie es regelmäßig in der besonderen Ausprägung als handlungsbegleitende Rechtsüberzeugung tun[22])." Die O. Mayersche Fassung scheine ja, äußerlich betrachtet, gesellschaftliche Anschauung nur als Auslegungsregel zu verwenden, bei weiterem Studium seiner Ausführung erkenne man aber, daß dabei an etwas mehr gedacht ist, daß sie rechtsbildender Faktor sei. Damit läßt O. Meyer aber, so sagt Holstein[23]), gewohnheitsrechtliche Eingriffe zu.

Da es sich nun um eine Gewohnheitsrechtsbildung handelt, verlangt Holstein außerdem, daß die Überzeugung der vom Handeln Betroffenen hinzukomme, daß es sich um eine wirkliche Rechtsausübung handle. Diese Überzeugung könne aber nicht daraus gefolgert werden, daß die betroffenen Eigentümer solche an sich unrechtmäßigen Eingriffe, sei es aus Bequemlichkeit, Indolenz oder Abneigung gegen Streit mit Behörden, zunächst widerspruchslos hingenommen haben. „Ein Verzicht auf äußere Durchsetzung eines Rechts ist noch lange kein Verzicht auf das Recht selbst." Oder wie ein altes deutsches Sprichwort lautet: Hundert Jahre Unrecht schaffen noch keinen Tag Recht. Holsteins Bedenken klingen schließlich in den Satz aus: „Würde Otto Mayers Konstruktion zum Sieg gelangen, so würde gerade das eintreten, was er im allgemeinen Teil vermeiden will, es würde

[22]) Holstein a. a. O. S. 20.
[23]) a. a. O. S. 21.

nichts anderes bedeuten, als daß die Verwaltung sich durch langandauernde Übung tatsächlich äußerlich einen scheinbaren Rechtsboden für ihr Handeln schaffen könne, es würde etwas als Recht gelten, was nicht Recht ist und niemals Recht werden kann."

Der O. Mayer'sche „Schwäche"-gedanken biete aber ferner noch die große Schwierigkeit, festumschriebene Grenzen der zu duldenden Beschränkungen zu ziehen, in diesem Punkte zeige die Lehre eine weitere Unsicherheit. Mit einer skeptischen Untersuchung über den angeblichen Entschädigungsanspruch nach Billigkeitsrecht ist die Kritik der Lehre O. Meyers im wesentlichen beendet.

Im dritten Kapitel macht nun G. Holstein, nachdem er vorher für das positive preußische und Reichsrecht und sodann dogmatisch nachzuweisen versucht hat, daß es keine gesetzesfreie öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gibt, den Versuch einer dogmatischen Neugestaltung dieses Begriffs.

Die gesetzesfreie öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung würde dem heute herrschenden Prinzip der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung, dem Postulat jedes Rechtsstaats: Bindung der öffentlichen Gewalt an das Gesetz, entschieden widersprechen. „Der verfassungsrechtliche Gedanke der Freiheit von Person und Eigentum sagt als verwaltungsrechtlicher Gedanke nichts anderes als: Jeder Verwaltungsakt, der in Freiheit und Eigentum eingreift, braucht eine gesetzliche Ermächtigung[24])." Eine gesetzesfreie Eigentumsbeschränkung gibt es deshalb für Holstein nicht.

Des weiteren verwirft Holstein die von O. Mayer aus dem Bürgerlichen Recht entlehnte Zweiteilung in öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit und öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, weil die prinzipiell verschiedene Schichtung der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtssphären eine Parallele mit dem Bürgerlichen Recht nicht vertrüge[25]). Auch verwirft er die einheitliche Zusammenfassung ganz verschiedener Tatbestände unter das Institut der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung. Über den deutsch-rechtlichen Begriff der Sozialpflichtigkeit des Eigentums, wie ihn Gierke entwickelt und wie er von anderen Rechtslehrern und der Rechtsprechung in ähnlicher Weise ausgesprochen wurde und auch in Art. 153 RV. übergegangen sei, kommt er zu dem Satz: Das Eigentum hat Schranken in seinem Begriff, sie sind ihm immanent. Damit läßt

[24]) a. a. O. S. 77. Nach Hatschek, Lehrb. S. 462 kann sogar der Eigentümer auf Anmaßungen solcher Beschränkungen durch den Staat im ordentlichen Rechtsweg mit der actio negatoria antworten.

[25]) Auch O. Mayer a. a. O S. 118 erkennt es an, daß die öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit „ihrer Natur nach den Namen einer Eigentumsbeschränkung wohl zu führen berechtigt wäre". Nach Hatschek a. a. O. S. 462 muß man sich hüten, diesem Namen eine zu große Bedeutung beizulegen. Zur juristischen Konstruktion trägt er nicht bei, ausgenommen vielleicht, daß er andeutet, die Nachbarn seien zu einem pati verpflichtet.

er den Begriff der Eigentumsbeschränkung als eines einheitlichen Rechtsinstituts ganz fallen und sieht schließlich die Lösung der konstruktiven Frage „nicht in der Aufstellung eines einheitlichen Instituts der Eigentumsbeschränkung, sondern in der Ableitung eines vielfältig in sich gegliederten Systems der Verwaltungsverpflichtigkeiten des Eigentums“[26]). Es besteht nicht eine Kongruenz aller dieser Erscheinungen dergestalt, daß wir sie in zwei scharf von einander zu scheidende Institutskategorien einreihen können, sondern vielmehr eine Fülle von Tatbeständen von verschiedenem Gepräge, die alle das Gleiche haben, daß sie am Eigentum wirksam werden und das Recht des Eigentümers an der wirtschaftlichen Ausnutzung seines Eigentums zurückdrängen. Es entfällt damit das nach O. Mayer unterscheidende Merkmal, daß bei der öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit die Zurückdrängung des Eigentums nur auf der sekundären Wirkung des Rechts eines anderen beruhte, während die öffentlich-rechtliche Beschränkung ein solches Recht nicht kennt, sondern schon primäre Schwächewirkung des Eigentums ist[27]).

Wie schon gesagt, sieht Holstein das konzentrierende Element des ganzen Aufbaus der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Eigentums in der „wesenhaften Pflichtigkeit des Eigentums“, der Pflichtgebundenheit als Sozialpflichtigkeit[28]). „Im gleichen Maße aber wie der Staat die Regelung der sozialen Beziehungen zu seiner Aufgabe macht und die Verwaltung mit deren Ausführung betraut hat, wird die Gemeinschaftsbildung des Eigentums von selbst zur Verwaltungspflichtigkeit“. Verwaltungspflichtigkeiten im Staat der gesetzmäßigen Verwaltung können immer nur gesetzmäßige sein. Entsprechend den beiden Funktionen der Verwaltung als General- und Spezialverwaltung ergeben sich zwei Kategorien: Allgemeinpflichtigkeit und Sonderpflichtigkeit des Eigentums. Generalverwaltung ist im allgemeinen gleich mit dem Begriff der Polizei im modernen Sinne, wie ihn in Preußen der § 10 II, 17 ALR. umschreibt. Allgemeinpflichtigkeit ist also das, was man gewöhnlich als die Pflicht des Eigentümers, sein Eigentum in polizeimäßigem Zustand zu halten, bezeichnet. Demgemäß sind die Akte der Polizei, wodurch diese Verpflichtungen geltend gemacht werden, nicht pflichtbegründend, sondern nur pflichtnormierend. Die Sonderpflichtigkeiten beruhen „auf derselben rechtlichen Wurzel“; auch sie sind lediglich „moderne Ausprägungen“ der grundsätzlichen Sozialgebundenheit des Eigentums, die der Idee nach in jedem Eigentum einbegriffen sind. In Erscheinung gebracht werden sie allerdings nicht durch eine gesetzliche Generalkompetenz wie § 10, II, 17 ALR., sondern durch Einzelkompetenzen der besonderen Verwaltungszweige, und ruhen deshalb nur auf einzelnen Grundstücken, die durch Gesetzes-

[26]) a. a. O. S. 97.
[27]) a. a. O. S. 88.
[28]) a. a. O. S. 96.

normen rechtlich und durch ihre örtliche Lage sachlich bestimmt sind. Unter dieser Kategorie zählt Holstein auf: die Rayonpflichtigkeit des Festungsanliegers, die Leinpfadpflichtigkeit des Uferanliegers, die Pflicht zur Duldung von Materialentnahmen des Wegenachbarn, die Fluchtlinienpflicht des städtischen Grundstückseigentümers, die Telegrafenpflichtigkeit der öffentlichen Wege u. a. m.

Für die Einreihung unter die Beschränkungen kraft öffentlichen Rechts ist ihm die Verfügungsgewalt der öffentlichen Verwaltung zu den unterliegenden Subjekten ausschlaggebender Faktor[29]).

Gegenüber der Konstruktion O. Mayers, die eine dem an sich schrankenlosen Eigentum anhaftende Schwäche gegenüber der öffentlichen Verwaltung behauptet, setzt also Holstein — unter Einführung eines neuen Begriffs — eine dem Eigentum innewohnende Sozialgebundenheit und hieraus hervorgehende allgemeine und spezielle Verwaltungspflichtigkeiten, die allerdings nach ihm nur kraft Gesetzes bestehen und wohl auch nur so bestehen können (Legalisierungsprinzip). Seine Angriffe haben den greisen O. Mayer von seiner Lehre nicht abzubringen vermocht, wie einmal die Entgegnung darauf[30]) und die letzte Auflage seines großen Werkes beweist. Auf der Lehre G. Holsteins, die der Verfasser vorliegender Arbeit annimmt, soll im folgenden aufgebaut werden.

Eine systematische Aufstellung der verschiedensten Gesetzesnormen, die eine das Eigentum beschränkende Wirkung haben, gibt M. Wolff[31]). Sie sei nachstehend der Übersicht halber wiedergegeben:

1. Der Eigentümer darf kraft öffentlichen Rechts nicht nach Belieben mit seiner Sache verfahren. So ist er reichsrechtlich im militärischen Interesse beschränkt in der Benutzung seiner Grundstücke in der nächsten Umgebung von Festungen nach dem Festungsrayongesetz vom 21. Dezember 1871. Im Interesse der Erhaltung nationalen Kunstbesitzes ist die Ausfuhr gewisser Kunstwerke ohne obrigkeitliche Erlaubnis verboten. Landesrechtliche Vorschriften betreffen Einschränkungen des Weiderechts, der Waldrodung, der Erhaltung geschichtlich oder künstlerisch wertvoller Bauten und Denkmäler, Erhaltung von Naturschönheiten, des Baumbestandes in oder bei Großstädten, Badeorten oder Industriegebieten. Bauvorschriften regeln das Baurecht. Zur Errichtung von Wohngebäuden außerhalb einer Ortschaft ist eine Ansiedlergenehmigung nötig. In Städten werden Baufluchtlinien festgestellt, über die nicht hinausgebaut werden darf. Die Benutzung der Gebäude zum

[29]) Vgl. E. Kaufmann in Handw. d. Verw. Rechts S. 710.
[30]) Arch. f. öffentl. R. Bd. 42 S. 381 ff.
[31]) Sachenrecht § 52, III.

Wohnen und Schlafen wird durch Wohnungsordnungen geregelt (Art. 5, 7 Preuß. Wohnungsges. v. 28. 3. 1918). Hierher gehören auch die Vorschriften, welche das Recht des Eigentümers zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen einschränken, so die gesetzlichen und behördlichen Veräußerungsverbote, wie sie insbesondere in der Kriegszeit für Mobilien der verschiedensten Art ergingen. Ferner Teilungsbeschränkungen und Verschuldungsbeschränkungen für landwirtschaftliche Grundstücke, wonach die Grundstücksteilung und Belastung über eine bestimmte Grenze hinaus verboten ist.

2. Der Eigentümer muß kraft öffentlichen Rechts gewisse Einwirkungen anderer dulden: so haben Zollaufsichts-, Finanzbeamte, Wasserpolizeibehörden, Flußunterhaltungspflichtige, Landmesser, Feuerwehr, Polizeibeamte, Wohnungsaufsichtsbeamte das Recht, fremde Grundstücke zu betreten. Das Reich darf die ihm nicht gehörigen Verkehrswege für Telegrafen- und Telefonlinien benutzen und durch den Luftraum fremder Grundstücke Telegrafenlinien führen, sofern dadurch die Grundstücksbenutzung nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Die Anbringung von Straßen- und Hausnummerschildern muß jeder Hauseigentümer dulden. Im Kriege muß jede vom Kriegszweck geforderte Grundstücksbenutzung geduldet werden (Kriegsleistungsgesetz vom 13. 7. 1873).
3. Kraft öffentlichen Rechts ist der Eigentümer bisweilen zu einem positiven Tun verpflichtet, z. B.: die Pflicht, vorhandene Gebäude instand zu halten, oder in der Umgebung von Festungen auf Verlangen Gebäude niederzulegen; die Pflichten zur Hausbeleuchtung, zur Straßenreinigung, zum Anschluß an die öffentliche Wasserleitung oder zur Einfriedung landwirtschaftlicher Grundstücke, die Auskunftspflicht bei deutschen Gütern im feindlichen Ausland (Ges. vom 8. 5. 1920).
4. Entsprechend den Beschränkungen gehören zum Eigentum auch Entschädigungsansprüche, wo sie besonders eingeführt sind.

Zweiter Hauptteil

Als wichtigste Beispiele bestimmter, zum Teil tief eingreifender gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen der neueren und neuesten Zeit sollen uns im folgenden einige preußische und Reichsgesetze beschäftigen.

1. Als erstes sei unsere Betrachtung auf das Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907 gerichtet. Das Gesetz bildet eine Durchbrechung des allgemeinen das Polizeirecht beherrschenden Grundsatzes, daß es nicht Aufgabe der Polizei ist, zum Schutz ästhetischer Interessen einzuschreiten. Damit ist auch

schon gesagt, daß die Bedeutung des Gesetzes auf polizeilichem Gebiet liegt, erteilt es doch an die Polizei weitgehende Ermächtigungen, die letzthin für das Eigentum an gewissen Gegenständen und Grundstücken von wichtiger Folge sein können. Mit dem Motiv der Unterdrückung verunstaltender Bauten, wonach die Ordnung einer einheitlichen und schönen Bauweise allen, vor allem auch dem Eigentümer selbst zur Freude und zum Vorteil ist, zeichnet sich dieses Gesetz vor allen anderen aus.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums in seiner Bedeutung hier, als Schutz der konkreten Rechte des Eigentümers, besteht auch gegenüber der Polizeigewalt, doch unterliegt es ihr, wenn und soweit ein polizeiliches Motiv, das waren früher allein allgemeine polizeiliche Ermächtigungen, vor allem § 10, II, 17 ALR. vorliegt. Das Gesetz vom 15. Juli 1907 fügt einige weitere Motive hinzu.

Es gibt in § 1 der Polizei ein Versagungsrecht bei der Baukonzessionsgenehmigung für den Fall, daß durch ein Bauprojekt Straßen oder Plätze einer Ortschaft oder das Ortsbild gröblich verunstaltet werden. Nach § 65, I, 8 ALR. ist in der Regel der Eigentümer auf seinem Grund und Boden zu bauen oder seine Gebäude zu ändern wohl befugt. Dies grundsätzlich freie Baurecht ist ein Ausfluß der allgemeinen Sphäre von der Eigentumsfreiheit, nach Belieben damit verfahren zu können, also insbesondere auch über die äußere Gestalt des Eigentumsgegenstandes zu bestimmen. Die Baufreiheit ist also ein wesentlicher Teil des Eigentumsinhaltes an Grundstücken. Sie kann aber im Interesse der Allgemeinheit nicht unbeschränkt bestehen, unterliegt vielmehr den baupolizeilichen Schutzvorschriften, die in erster Linie eine Baugenehmigung verlangen. Diese Genehmigung (Baukonzession) stellt aber nur eine Erklärung der Polizei dar, daß aus Gründen des öffentlichen Wohls, soweit die Polizei zu deren Wahrung zuständig ist, gegen die Ausführung des geplanten Baues keine Hindernisse entgegenstehen (Vgl. OVG. Bd. 32 S. 343).

In Anklang an die Konzessionspflicht hat der Gesetzgeber nicht von vornherein ein generelles Verbot für verunstaltende Bauten ausgesprochen, sondern sich damit begnügt, der Polizei eine weitere Ermächtigung zu einem Eingriff in das private Eigentum zu geben, um somit die notwendige gesetzliche Verpflichtbarkeit des Eigentums zu normieren. Er ist damit von dem Prinzip der starren Gesetzesnormierung abgewichen und hat die umfängliche Geltung und Anwendung seiner Bestimmungen in mancherlei Weise elastischer ausgestaltet. Diese Regelung entspricht mehr dem praktischen Bedürfnis, Härten ausgleichen zu können. Sie legt aber die Anwendung des Versagungsrechtes nicht in das freie Ermessen der Polizeibehörde, sondern macht ihr dies zur pflichtmäßigen Tätigkeit, läßt aber dem freien Ermessen der Polizei soweit Spielraum, als es sich um den Begriff der gröblichen Verunstaltung handelt. Die Baupolizei hat somit das Recht und

die Pflicht, die Erteilung der Baukonzession zu versagen, wenn sie die gröbliche Verunstaltung, d. i. eine positiv häßliche Gestaltung, der geplanten Baues bejaht.

Die Versagung der Erlaubnis ist ein Verwaltungsakt, genauer hier eine polizeiliche Verfügung, die das Verbot der Ausführung des Bauprojektes ausspricht. Damit entzieht sie dem Eigentum eine aus ihm fließende grundsätzliche freie Befugnis. Ihre Wirkung besteht aber nicht in einer gänzlichen Entziehung der Baufreiheit. Sie enthält nur eine Versagung der Ausübung des Baurechtes im einzelnen Fall wegen der dabei geplanten Form, dergestalt, daß der beabsichtigte Bau, weil er gröblich verunstalten würde, nicht ausgeführt werden darf; andere Bauten, für welche diese Voraussetzung nicht zutrifft, können jederzeit ihre Genehmigung erlangen. Damit enthält die Versagung das Verbot einer bestimmten Rechtsausübung, sie enthält aber weder eine allgemeine Entziehung des Baurechtes, nach freiem Belieben den Bau zu gestalten, noch schließt sie den persönlichen Geschmack des Bauherrn gänzlich aus, versagt ihm nur dadurch eine Betätigung in der geplanten Richtung, daß sie dem Eigentümer das Recht in diesem Falle verneint, den so geplanten Bau auszuführen. Durch die Entziehung dieser sonst im Eigentum liegenden Befugnis in der Freiheit der Formgestaltung wird dem Eigentümer an dem betr. Grundstück oder Bauwerk eine Beschränkung auferlegt, die auf Unterlassung der Ausführung eines speziellen Bauwerks geht. Das freie Belieben des Eigentümers wird dadurch nur insofern getroffen, als es für diesen speziellen Fall ihm die beabsichtigte Richtung seiner Baubetätigung verschließt und als die Folge in eine andere verweist, weil sein Projekt sich häßlich darstellen würde.

Das vorliegende Gesetz hat nicht allgemein die Ausführung häßlicher Bauten verboten, sondern es einer im einzelnen Falle abzugebenden Erklärung durch die Verwaltungsbehörden überlassen, dies auszusprechen. Der Eintritt der Beschränkung erfolgt erst mit der Versagung der Bauerlaubnis, das ist auch vernünftig, weil erst mit der Betätigung des auf eine Verunstaltung abzielenden Willens die Beschränkung wirksam werden kann. Die Auswirkung des Gesetzes, die allerdings nicht erst auf die Versagungsverfügung, sondern in der allgemein erzieherischen Kraft beruht, gröblich verunstaltende Bauten nicht zu dulden und nicht aufkommen zu lassen, zeigt sich aber schon vor Versagung der Konzession. Das Gesetz hat das Verbot der Errichtung verunstaltender Bauten zwar nicht ausgesprochen, in seiner Ausgestaltung ist es aber innerlich enthalten. Die Versagung hat somit für die Beschränkung des Eigentums an dem betr. Grundstück keine konstitutive Bedeutung, sie will nur erklären, daß dieser eine beabsichtigte Bau unter den Begriff „gröblich verunstaltend" fällt und demgemäß zu unterlassen ist. Diese Kennzeichen — außerdem

der polizeiliche Charakter des Eingriffes — sollen uns, wie weiter unten darzulegen ist, bezeugen, daß sich diese Gesetzesbestimmung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Beschränkung hält und keine Enteignung ist.

Entspringt das Gesetz dem Bestreben, ästhetischen Interessen der Allgemeinheit zu dienen, so ist es verständlich, wenn der Polizei aus diesem Rahmen auch nicht ein Recht erwächst, ihrerseits nun an dem fremden Eigentum ein Recht auszuüben, was dem eingeschränkten Recht des Eigentümers gleichkäme. Dies entspricht der mangelnden schöpferischen Eigenart der Polizei, die nur zur Verhütung von Schäden und Gefahren, nicht aber Neues zu schaffen berufen ist. Auch andere Dritte sollen und erlangen nicht durch die Institutionen des Verunstaltungsgesetzes einen materiellen oder rechtlichen Vorteil, das Gesetz dient vielmehr lediglich dem Zweck der Erhaltung eines ideellen Interesses. Von dieser Warte aus betrachtet stellen sich die Vorschriften wesentlich als eine Regelung des allgemeinen Rechtsgebrauchs dar.

Eine Beschränkung inhaltlich gleicher Art, nur von anderem örtlichen Umfange bringt der § 8 l. c., sofern es sich um landschaftlich hervorragende Gegenden außerhalb der geschlossenen Ortslage handelt.

Wegen Verfolgung eines besonderen ästhetischen Zieles weitergehend ist die Beschränkung des Eigentums an Grundstücken und Bauwerken, wenn nach § 2 l. c. durch ein Ortsstatut die Versagung der baupolizeilichen Genehmigung vorgeschrieben ist bei Bauten und Änderungen an Straßen und Plätzen von künstlicher oder geschichtlicher Bedeutung, die die Eigenart des Orts- oder Straßenbildes beeinträchtigen würden. Das gleiche gilt für Änderungen und Bauten an und in der Umgebung einzelner Bauwerke von künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung. Die Art des polizeilichen Eingriffes in das Eigentum ist die gleiche wie im Falle des § 1, doch sind die Voraussetzungen und auch die Motive der Vorschrift in mancher Beziehung erweitert. Die Objekte, an denen die Beschränkung wirksam wird, zeigen keine Änderung. Doch tritt die Beschränkung nicht nur bei Bauwerken von künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung selbst auf, sondern auch schon bei deren Umgebungsgrundstücken. Auch fallen unter die Objekte, wegen deren ein Schutz erstrebt wird, schon einzelne Bauwerke. Eine Erweiterung der Zulässigkeit in der Versagung bedeutet es auch, daß diese nicht nur auf eine gröbliche Verunstaltung beschränkt ist, sondern schon eine Beeinträchtigung der Eigenart des Orts- und Straßenbildes, bei Bauwerken auch schon ihres Eindruckes, genügt. Diese Erweiterung in der Versagungsmöglichkeit erzeugt auf der anderen Seite eine einschneidendere Beschränkung, der das Eigentum an Grundstücken oder Bauwerken in Straßen oder Plätzen oder an und in der Umgebung von Bauwerken von künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung unterliegt, weil nun

schon die genannte Eigenart beeinträchtigende Bauten zu unterlassen sind. Insofern wird sowohl der Umfang als auch das Maß der Beschränkung des Eigentums ein größeres sein. Eine Einschränkung in der Anwendung dieser Vorschrift liegt einmal darin, daß die Beschränkung nur zum Schutz von Objekten künstlerischer oder geschichtlicher Bedeutung, also eines besonderen Kulturgutes eintritt und ferner, daß ein Ortsstatut zu ihrer ersten Voraussetzung gemacht ist.

Ist ein solches Ortsstatut erlassen, so wird sein bloßes Bestehen sich schon in einer entsprechenden Beschränkung des Eigentums an den davon möglicherweise ergriffenen Objekten auswirken; dem die Versagung aussprechenden Verwaltungsakt kommt also auch hier nur eine deklaratorische Bedeutung zu. Die Beschränkung im Härtefall aufzuheben bietet der Abs. 2 des § 2 l. c. eine Ermächtigung.

Weil für die Anlieger an Straßen oder Bauwerken von diesem erheblichen Kulturwert naturgemäß durch den Erlaß eines Ortsstatuts bedeutende und wirtschaftlich mitunter sehr fühlbare Beschränkungen eintreten können, so taucht auch hier schon die Frage auf, ob diese Beschränkung in der Ausübung des Eigentumsrechtes eine wahre öffentlich-rechtliche Beschränkung oder eine Enteignung im Sinne des Art. 153 RV. ist. Es kann sich hier darum handeln, daß dem Eigentümer eines Hauses eine Änderung, ein Abbruch oder dergleichen nicht gestattet wird, wo die Maßnahme eine Beeinträchtigung obiger Kulturgüter sein kann, sei es, daß der Eigentümer selbst Besitzer eines solchen oder bloßer Nachbar ist. Wirtschaftliche Interessen des Eigentümers werden dann häufig eine unbedingte Freiheit in der Baugestaltung fordern und mit den Kulturforderungen der Allgemeinheit in harte Kollision geraten. Die Entscheidung über vorstehende Frage kann aber erst weiter unten (S. 53 ff.) erfolgen, weil hier die Besonderheit besteht, daß sich zwischen Gesetz und Anwendung des Gesetzes noch eine Norm, ein Ortsstatut, einschiebt.

Besondere Ansprüche an die Bauweise können nach § 4 l. c. durch Ortsstatut für Landhausviertel, Badeorte, Prachtstraßen usw. gestellt werden. Die Eigentümer solcher Grundstücke können dann regelmäßig, sofern nicht eine Ausnahme gestattet wird, ihr Baurecht nur innerhalb den Gestaltungsformen ausführen, die ihnen das Ortsstatut setzt. Auch dies ist eine Beschränkung, aber nur im Geschmack und im Belieben der Auswahl des Baustils, indem höhere Anforderungen an den Baustil gestellt und dem freien Belieben ein engerer Spielraum gelassen wird. Sie geht inhaltlich zwar weiter als die Beschränkung im § 1 l. c., bedeutet aber auch nur eine Pflicht zur Unterlassung, nämlich des Baues, der diesen Anforderungen nicht genügt, und enthält nicht etwa, wie es bei oberflächlicher Prüfung den Anschein haben mag, auch eine Forderung auf ein Tun.

2. Unsere Betrachtungen mögen sich nun einem Gesetze zuwenden, das von ungleich wichtigerer und einschneidenderer Bedeutung für unsere Materie geworden ist. Es ist das Preußische Quellenschutzgesetz vom 14. Mai 1908, welches den Schutz der für Deutschland so überaus bedeutenden Mineral- und Thermalquellen übernimmt. Dieser Bedeutung und der Eigenart ihrer so leichten Zerstörbarkeit entsprach es, wenn schon in der Mitte des vorigen Jahrhunderts von Interessenten Bestrebungen ausgingen, eine ausreichende gesetzliche Sicherung dieser Gabe der Natur vornehmlich gegen das so beliebte Abgraben oder Abbohren zu erlangen. Doch waren diese Bestrebungen vorerst nicht von Erfolg gekrönt, da man allgemein die bestehende Gesetzgebung als einen genügenden Schutz ansah, der namentlich auf den Vorschriften des Allgemeinen Berggesetzes von 1865 und dem Polizeirecht basierte[32]). Erst später vollzog sich eine Wandlung in dieser Anschauung, und man erkannte, daß eine genügende Sicherheit für den Quelleneigentümer doch nicht bestand, und dies aus verschiedenen Gründen: Die Gesetzesbestimmungen des Zivilrechtes erwiesen sich eher zum Schaden einer Quelle als zu deren Schutz, wegen der Bestimmung in § 903 BGB., wonach jeder Eigentümer mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren kann. Die nachbarrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches oder die über unerlaubte Handlungen oder der § 226 BGB. waren nur in beschränktem Maße geeignet, einen Schutz zu gewähren, konnten sie doch der Eigenart der Verhältnisse keine besondere Rechnung tragen. Auch der Einwand des unlauteren Wettbewerbs versagte in der Regel. Diese Mängel konnten auch nicht durch die Befugnisse der Behörden gedeckt werden; die polizeilichen Ermächtigungen erlaubten ein Einschreiten nur bei Bevorstehen einer Gefahr. Damit wäre aber ein solcher Eingriff meist zu spät gekommen, da bei der großen Empfindlichkeit der Quellen mit dem Erscheinen einer schädigenden Wirkung durch eine Handlung gegen die Quelle, eine Rettung häufig nicht mehr möglich sein würde. Auch das Maß des polizeilichen Einschreitens konnte hier nicht genügende Sicherheit gewähren. Erkannte man aber die Bedeutung der Heilquellen für die Allgemeinheit an, und hielt man einen Schutz zu ihrer Erhaltung für wünschenswert, so mußte man zugeben, daß die bisherigen Gesetzesvorschriften dazu nicht ausreichten. Die präventive Natur des erforderlichen Schutzes bereitete aber nicht geringe Schwierigkeiten, weil solcher ohne Eingriff gegen Dritte unmöglich war. Ein wirksamer Schutz einer Quelle kann nicht erreicht werden, ohne daß die benachbarten Grundeigentümer eine Schmälerung der Rechte erleiden, die ihnen das Eigentum gewährt. Es bestand eine scharfe Konkurrenz zwischen den Individualrechten der umliegenden Grundeigentümer und dem öffentlichen Interesse

[32]) Vgl. Eskens, Erläuterung zum Quellenschutzgesetz in Ztschr. f. Bergrecht, Jahrg. 49, S. 362.

an der Erhaltung der Quelle, das aber auch zugleich in weitem Maße die privaten Interessen des Quelleneigentümers begünstigte. Es ist ein Zeichen für die Stärke, die noch damals dem Prinzip des individuellen Eigentumsrechtes gegenüber Ansprüchen der Öffentlichkeit zukam, daß die Abwägung dieser Interessen bei der Bildung der Gesetzesbestimmungen von nicht geringer Schwierigkeit war. Ein Abbild dieses Streites sind die Debatten in den Gesetzgebungskörperschaften, die den Schutz nicht, wie der Antrag des Staatsministeriums lautete, allen Mineral- und Thermalquellen von überwiegender Bedeutung für das öffentliche Wohl zubilligen wollten, sondern nur den sogen. Heilquellen, d. s. solche, denen ihrer Heilwirkung wegen diese Bedeutung zukommt (gemeinnützige Quellen). Damit versagte man den Schutz den sogen. Tafelwasserquellen, die in der Hauptsache doch nur von finanziellem Wert für den Eigentümer sind. Ihnen gegenüber hielt man ein Zurückstehen der privaten Eigentumsrechte nicht für billig, obwohl man sich bewußt war, daß auch solche Quellen für die deutsche Volkswirtschaft einen wertvollen Naturschatz darstellten. Man hielt es deshalb für gerechtfertigt, den Schutz wegen den dabei den benachbarten Grundeigentümern notwendigerweise aufzuerlegenden Beschränkungen nur den gemeinnützigen Quellen zu gewähren.

Das Preußische Quellenschutzgesetz findet seine reichsrechtliche Ermächtigung in Art. 111 EG. z. BGB.; sein Vorbild war in mancher Hinsicht das französische Recht, welches zuerst die rechtliche Lücke auszufüllen unternommen hatte. Die in ihm enthaltene Regelung des Quellenschutzes ist, soweit sie uns hier interessiert, kurz folgende:

Für eine gemeinnützige Quelle kann auf Antrag des Quelleneigentümers durch Beschluß des Oberbergamtes und des Regierungspräsidenten ein Schutzbezirk festgestellt werden. Die Gemeinnützigkeit der Quelle wird erforderlichenfalls durch den zuständigen Minister endgültig festgelegt (§ 2 l. c.), ohne daß es dazu eines Antrages des Eigentümers bedarf. Innerhalb dieses Schutzbezirkes dürfen alle Arbeiten, welche eine Gefährdung der Quelle besorgen lassen, nur mit vorheriger Genehmigung obiger Behörden vorgenommen werden (§ 3 d. Ges.). Der Umfang des Schutzbezirkes bestimmt sich nach dem für den örtlichen und geologischen Verhältnissen im einzelnen Fall notwendigen Maß. Nach dem Wortlaut des Gesetzes bedürfen gefährdende Arbeiten innerhalb des Schutzbezirkes der Genehmigung. Das Gesetz hat alle solche Arbeiten nicht schlechthin verboten und Ausnahmen zugelassen, es hat also die Form eines grundsätzlich allgemeinen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt nicht gewählt, sondern nur die Zulässigkeit von gewissen Arbeiten von einer Genehmigung abhängig gemacht. Die Anknüpfung an eine Genehmigung kommt aber einem Verbot der Ausführung ohne Genehmigung gleich,

Doch wohl nicht einem strikten Verbot, weil im Falle der Erteilung der Genehmigung die beabsichtigte Handlung ausgeführt werden kann, die im anderen Falle nur als Ausnahme möglich wäre. Der Zwang auf das vorherige Nachsuchen der Genehmigung bietet auch für die Behörde ein genügendes Mittel zur Kontrolle über die auszuführenden Arbeiten. Vor allem wird aber durch diese Form des Schutzes eine nicht zu übermäßige Einschnürung des benachbarten Eigentums vorgenommen.

Der Genehmigungspflicht unterliegen alle Arbeiten, welche die Ergiebigkeit oder Zusammensetzung der Quelle beeinflussen können (gefährdende Arbeiten), ohne daß das Gesetz im einzelnen Fall bestimmt, welche Arbeit von dieser Natur ist. Sache der Aufsichtsbehörden ist es, vor der Genehmigung eine Prüfung vorzunehmen, ob die beabsichtigte Arbeit den gefährdenden Charakter hat, und im bejahenden Falle die Genehmigung zu verweigern. Letzteres ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt, dürfte sich aber aus seiner ratio ergeben. Des weiteren, wenn die Genehmigung nicht erteilt ist, daß diese Arbeiten damit verboten sind. Allen innerhalb des Schutzbezirkes liegenden Grundstückseigentümern wird durch diese Vorschriften das Recht entzogen, mit ihrem Eigentum nach Belieben zu verfahren, soweit durch solche tatsächliche Ausübung des Eigentumsrechtes die gemeinnützige Quelle gefährdet werden kann. Der Eigentümer muß derartige Arbeiten unterlassen, wenn ihm eine Genehmigung nicht erteilt ist. In praxi kommt also die Feststellung des Schutzbezirkes der Auferlegung einer Beschränkung des Eigentums der Nachbarn gleich, mit dem Inhalt, daß die Eigentümer gewisse Handlungen auf ihrem Grundstück nicht vornehmen dürfen. Für die Beschränkung ist die Feststellung des Schutzbezirks von konstitutiver Bedeutung, das Vorhandensein der Quelle allein oder die Erklärung ihrer Gemeinnützigkeit begründet eine Beschränkung noch nicht.

Die Beschränkung steht und fällt mit der Feststellung bezw. Aufhebung des Schutzbezirks. Die Feststellung des Schutzbezirks legt dem Eigentümer zunächst eine Beschränkung von nur sehr unbestimmtem Inhalt auf, als sie eine staatliche Genehmigung zur Voraussetzung für Arbeiten bestimmter Art macht. Die Beschränkung, die das Gesetz will, macht sich erst dann voll bemerkbar, wenn die Genehmigung nicht erteilt wird, sie hat erst dann den Inhalt eines wirklichen Zwanges auf Unterlassung. Während also vorher die Ausführung bestimmter Arbeiten nur einer Genehmigungspflicht unterliegt, verdichtet sich nach der Verweigerung dieser Genehmigung die Beschränkung zu einem Verbot der Ausführung. Diese Auffassung kommt auch in der Entschädigungsfrage zum Ausdruck, die erst bei einer Versagung der Genehmigung oder der Auferlegung einer Bedingung eintritt. Es macht sich aber die auferlegte Beschränkung nicht erst dann be-

merkbar. Die mit Bestimmtheit zu erwartende Versagung von Arbeiten gefährdender Art, wie Bohrungen, Ausschachtungen usw. bewirken eine Wertverringerung nicht erst mit ihrer konkreten Versagung, sondern schon mit der Feststellung der Zugehörigkeit des Grundstücks zu dem Schutzbezirk schwebt über das Nachbareigentum das Damoklesschwert des Verbots der Vornahme gefährdender Handlungen. Für die Nichterteilung der Genehmigung, die eine Verfügung darstellt, gelten nicht die allgemeinen polizeilichen Rechtsmittel, sondern das Recht der Beschwerde nach § 17 d. Ges.

Ebensowenig wie die Beschränkung nach dem Quellenschutzgesetz ein allgemeines Verbot der Ausführung von Arbeiten auf dem Grundstück im Schutzbezirk bedeutet, entzieht sie dem Eigentümer nicht das Recht, nach seinem Willen über das Grundstück zu entscheiden, noch enthält sie eine Entziehung der Entscheidung über den Benutzungszweck.

Die Beschränkungen, die infolge der Genehmigungspflicht auf dem Eigentum lasten, erfahren dadurch noch eine Milderung, daß in dem Feststellungsbeschlusse bestimmt werden kann, für welche gewisse Arbeiten, die voraussichtlich ganz ungefährlich sein werden, es einer Genehmigung nicht bedarf. Eigenartig unbestimmt bleibt jedoch zunächst der Umfang der auferlegten Beschränkung, indem es heißt: „sowie auch alle sonstigen Arbeiten, welche die Ergiebigkeit oder die Zusammensetzung der Quelle beeinflussen können“ bedürfen der vorherigen Genehmigung. Durch diese der objektiven Merkmale ermangelnden Bestimmung erhält zwar die Aufsichtsbehörde eine u. U. weite Ermächtigung, es besteht aber auch andererseits die Gefahr, daß der Grundstückseigentümer ohne Genehmigung im guten Glauben Arbeiten vornimmt, die er für vollkommen harmlos hält, die aber in Wirklichkeit den gefährdenden Charakter haben können; eine besondere Note erhält dies in Hinblick auf die Strafvorschrift des § 31. Eigenartigerweise hat auch ein solcher Einwand im Abgeordnetenhause keinen Anklang gefunden; man wollte eben dem Ermessen der Behörden, den für die hier besonderen Verhältnisse nötigen freien Spielraum unbedingt belassen und zog es deshalb vor, keine feste Grenze der Beschränkung aufzustellen, sondern glaubte dies einer vernünftigen Ausführung des Gesetzes in der Praxis überlassen zu können. Der Umfang der Beschränkung rubriziert sich vor Versagung der Genehmigung, also allein nach dem Moment der Gefährlichkeit der Arbeiten.

Im einzelnen Falle zeigt sich der Umfang dann deutlich an der versagten Genehmigung; tragbar ist diese Regelung, weil dann auch erst die Entschädigungsfrage akut und fällig wird. Die Entschädigungslast liegt dem Eigentümer ob, zu dessen Gunsten die Feststellung des Schutzbezirkes erfolgte. Aus dem Grunde hat man es auch nicht für angebracht gehalten, neben dem Eigen-

tümer dem Staate ein Antragsrecht auf Feststellung eines Schutzbezirkes zu gewähren. Als ultima ratio hilft hier nur das Enteignungsrecht, eine Gefahr allerdings, die den Quelleneigentümer veranlassen wird, durch Stellung eines entsprechenden Antrages die Interessen der Allgemeinheit zu wahren.

Den Absichten der gesetzlichen Schutzerrichtung entsprechend unterliegen nicht nur die Nachbargrundstücke der Quelle den Beschränkungen, sondern auch der Quelleneigentümer selbst. Die Bestimmungen des Gesetzes sollen ihm nicht nur zum Vorteil gereichen, nein, er hat auch gegenüber der Öffentlichkeit, eben wegen des Wertes der Quelle für das allgemeine Wohl, die gleichen Pflichten. Ja, die Beschränkungen seines Eigentums an der Quelle sind noch weitgehender, sie erstrecken sich auf alle Arbeiten an der Quelle selbst und ihrer Einfassung, eine logische Folgerung, die sich aus der Gemeinnützigkeit der Quelle ergibt. Im übrigen ist diese Beschränkung von der gleichen juristischen Struktur wie die den Nachbarn auferlegten.

Man könnte geneigt sein, die Beschränkungen nach dem Quellenschutzgesetz unter die privaten nachbarrechtlichen Bestimmungen aufzunehmen, das wäre aber verfehlt. Die Beschränkung des benachbarten Grundeigentums ist öffentlich-rechtlicher Natur, sie geschieht wegen eines überwiegend öffentlichen Interesses. Die Beschränkung besteht nicht gegenüber dem privaten Quelleneigentümer, sondern gegenüber der öffentlichen Verwaltung, die auf Grund der ihr hier gegebenen Verfügungsgewalt von dem einzelnen Grundstückseigentümer die Unterlassung gefährdender Arbeiten fordert. Eine Klage des Quelleneigentümers gegen den Nachbarn auf Unterlassung einer Arbeit mit angeblich gefährdendem Charakter, sei es im ordentlichen oder Verwaltungsrechtsweg, wird in keinem Falle zugelassen sein. Es ist dem Quelleneigentümer nur ein Beschwerderecht zuzubilligen, indem er die Aufsichtsbehörde auf solche unzulässige Arbeiten aufmerksam macht. Diese hat dann von amtswegen einzuschreiten.

Kennzeichnend für den ganzen Geist des Quellenschutzgesetzes ist die rücksichtsvolle Einstellung gegenüber dem Privateigentum. Dieses Gesetz ist wohl unter den neueren Gesetzen das erste, welches das Eigentum im öffentlichen Interesse im entscheidenden Maße in Anspruch nahm. Alle seine Vorgänger, mit Ausnahme des Festungsrayongesetzes (dies eben aus militärischen Gründen), zeichneten sich zwar auch durch einen Eingriff in das „heilige“ und unverletzliche Recht des Bürgers aus, aber doch war dieser Eingriff wenig fühlbarer Natur und diente meist dazu, um für ein öffentliches Unternehmen die Möglichkeit des Handelns zu schaffen. Mit dem Quellenschutzgesetz greift die öffentliche Gewalt zum ersten Mal in das Eigentum ein zum Schutz anderen Privatgutes, das sonst noch gleichberechtigt ist, dem man aber einen Schutz wegen seiner überragenden Bedeutung für das all-

gemeine Wohl nicht mehr meinte versagen zu können. Die Geschichte dieses Gesetzes zeigt so treffend, welche Schwierigkeiten zu beseitigen und was für Interessen zurückzustellen waren, ehe man glaubte, einen wirksamen Schutz der Quellen schaffen und damit, infolge des präventiven Bedürfnisses, einen Eingriff in das Privatrecht sich erlauben zu können. Ein Ausdruck des Bannes der Unverletzlichkeit des Privateigentums ist es schließlich, wenn man anstatt eines generellen Verbotes die Beschränkung in obiger Form schuf, und dem entspricht es auch, wenn man hier schon, wie für die Enteignung, einen Entschädigungsanspruch, allerdings mit Ausschluß des lucrum cessans festsetzte. Man hatte rechtzeitig erkannt, daß es gerechtfertigt schien, den Betroffenen für die wirtschaftliche Schwere der Beschränkung zu entschädigen. Es bleibt deshalb die neuere Entwicklung des Enteignungsbegriffs für das Quellenschutzgesetz ohne besonderen Einfluß. Will man aber, um dies vorweg zu nehmen, den Tatbestand dieses Gesetzes juristisch qualifizieren, so muß seine Einreihung unter die neuere Enteignung bejaht werden, weil er typisch nur für einzelne spezielle Fälle zugeschnitten ist und nur durch einen konstitutiven Verwaltungsakt, die Feststellung des Schutzbezirkes, die Beschränkung für einzelne Objekte begründet wird.

3. Weitere Typen unserer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung finden wir im Preuß. Wassergesetz vom 7. IV. 1913, welches verschiedene Beschränkungen begründet: Die Leinpfadverpflichtung des Ufereigentümers (§ 27 d. Ges.), das Landungsrecht der Schiffer (§ 28), das Materialentnahmerecht des Unterhaltungspflichtigen (§ 138), sein Recht zur Betretung der Anliegergrundstücke und das Unterhaltsrecht (§§ 35, 36). Diese angezogenen Bestimmungen enthalten damit alle entsprechende Beschränkungen des Eigentums der Anlieger, deren Inhalt nicht auf eine Leistung, sondern auf die Duldung der obigen Handlungen des Berechtigten gehen. Wirksam werden diese Beschränkungen direkt durch Gesetz, nur ihr Umfang läßt bei einzelnen Pflichten eine spezielle Festsetzung zu. Für die Leinpfadverpflichtung sind Art und Maß der Beschränkung, die Benutzung des Grundstücks zur Fortbewegung von Schiffen und Flößen direkt durch Gesetz fest bestimmt, nur der Verkehr darauf kann durch einen Akt der Behörde näher geregelt werden, oder sie kann für den Ausnahmefall die durch Gesetz geschaffene Beschränkung wieder aufheben. Der Inhalt der Leinpfadpflicht geht auf Duldung der Benutzung des Anliegergrundstücks zur Fortbewegung von Schiffen, soweit dies zu diesem Zwecke erforderlich ist. Eine Pflicht zu positivem Handeln, etwa zur Unterhaltung eines gangbaren Weges, ist damit nicht verbunden. Die Beschränkung besteht auch nicht soweit, den Leinpfad als öffentlichen Weg zu gestatten, doch geht sie auf Duldung staatlichen Ausbaues und Unterhaltung des Leinpfads. Bestimmend für seine Begründung ist nur die direkte Lage des

Grundstücks an einem Wasserlauf erster Ordnung. Sekundär, d. i. nur wenn erforderlich, besteht die Leinpfadpflicht auch für die dahinterliegenden Grundstücke, ob diese davon ergriffen werden, richtet sich also nach den tatsächlichen Verhältnissen. Das Gesetz gibt dazu nur die Ermächtigung und Verpflichtung. Dem einzelnen Falle ist es überlassen, die Leinpfadpflicht auch für ein weiter entferntes Grundstück und damit auch die ihm eigentümliche Eigentumsbeschränkung zu erfordern. Dies könnte geschehen durch einen Akt der Verwaltung als sowohl durch eine positive Benutzung des Berechtigten.

Die Leinpfadpflicht des Anliegers gründet sich auf eine alte Gewohnheit, nach der in früherer Zeit der Leinpfad für den Schiffsverkehr nicht zu entbehren war. Sie hat ihren Ursprung nicht erst im Wassergesetz von 1913, sondern dort nur ihre Weiterbildung und Aufrechterhaltung gefunden. Auch die neuere Zeit hat trotz technischer Vervollkommnung ihr Bedürfnis für den öffentlichen Verkehr auf den Wasserstraßen nicht aufgeben können. Deshalb besteht die Leinpfadpflicht auch nicht zum Vorteil eines anderen nach privatem Recht, sondern für die Erfordernisse des öffentlichen Verkehrs und ist öffentlich-rechtlicher Natur. O. Mayer[33]) rechnet die Leinpfadpflicht zu den auferlegten öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeiten. G. Holstein[34]) faßt sie unter seinen Begriff der Sonderpflichtigkeiten des Eigentums. Eine Anwendung der zivilrechtlichen Regeln der Dienstbarkeit auf die Leinpfadpflicht ist undenkbar, so kann auch ein Erlöschen nie anders als durch Gesetz oder durch Verwaltungsakt, nicht aber durch non usus oder usu capio libertatis eintreten.

Von noch weniger eingreifender Wirkung sind die übrigen Beschränkungen der Anlieger nach Wassergesetz, teils weil sie auch zum Vorteil der Belasteten dienen, teils weil eine Entschädigung damit verbunden ist. Es gilt dies einmal für das Betretungsrecht durch Beamte des für das Flußbett Unterhaltungspflichtigen, das zu dulden aber nur in den Grenzen des § 135, zur Vorbereitung und Ausführung von Unterhaltungsarbeiten, besteht, dann aber auch für die Benutzung des anliegenden Grund und Bodens zu solchen Arbeiten (§ 136). Die umfängliche Unbestimmtheit gerade letzterer Beschränkung erlaubt eine unter Umständen ziemlich weitgehende Beanspruchung, schließt sie doch auch die Duldung von Arbeits- oder selbst Lagerplätzen und einer Ablagerung des ausgehobenen Materials in sich. Diese Beschränkungen sind aber stets nur von zeitlich begrenzter Dauer, weil sie ihrer Natur nach nur vorübergehend wirksam werden und für dauernd vom Anlieger nicht verlangt werden können. Einen anderen rechtlichen Typus der Eigentumsbeschränkung, auch einschneidender Art, stellt die Berechti-

[33]) a. a. O. Bd. II S. 112.
[34]) a. a. O. S. 99.

gung zur Materialentnahme aus dem Anliegergrundstück durch den Unterhaltungspflichtigen dar (§ 138). Durch diese Bestimmung wird ein besonderer Enteignungsfall begründet, der ohne besonderes Verfahren gegen den Anlieger durchgeführt werden kann, wenn die Unterhaltung des Flusses es erfordert; auch sind deren Voraussetzungen insofern andere, als es hier nicht auf die unbedingte Notwendigkeit gerade des zu enteignenden Gegenstandes für das öffentliche Interesse ankommt, sondern diese schon zulässig ist, bei unverhältnismäßig hohen Kosten anderweitiger Beschaffung. Bemerkenswert ist, daß letztere Beschränkung im Gegensatz zu den vorherigen nur dem direkt anliegenden Grundstückseigentümer auferliegt und nicht auch dem dahinterliegenden.

Schließlich wären noch die Eigentumsbeschränkungen im sogen. Überschwemmungsgebiet (§ 285) zu erwähnen, die zu gewissen Arbeiten eine Genehmigungspflicht festsetzen. Bestimmend dafür ist die Lage bezw. Vornahme der Arbeiten im Überschwemmungsgebiet, d. i. der Teil der Ufer, der im allgemeinen der Gefahr der Überschwemmung bei Hochwasser ausgesetzt ist.

Als spezielle aus dem üblichen Rahmen fallende Beschränkung, die ein positives Handeln verlangt, ist die Vorschrift des § 120, die von dem Anlieger die Unterhaltung des Ufers und die Vornahme derartiger Arbeiten, allerdings nur leichter und unbedeutender Art erfordert. Es handelt sich hier um eine mit dem Eigentum an Ufergrundstücken verbundene persönliche Leistungspflicht (eines Tuns), von manchen[35]) auch öffentliche Last genannt, die infolgedessen auch mit der Aufgabe des Grundstücks eine Befreiung davon zur Folge hat.

Diese im Wassergesetz enthaltenen eigenartigen Rechte des Unterhaltspflichtigen des Flusses, sowie die als deren Folge darauf sich auswirkenden Beschränkungen finden ihre rechtliche Begründung auch hier in der Natur der Verhältnisse, die einmal eine gute Erhaltung des Wasserlaufes im öffentlichen Interesse erfordern, dann aber auch in der Erlangung eines Schutzes für die Anlieger gegen Wassergefahr und schließlich in der schwachen Stellung des Menschen gegen die Macht der Elemente, vornehmlich gegen Wasser und Eis, bestehen, wogegen am besten präventive Maßnahmen helfen können. Ihre Begründung ist meist nicht erst auf den Erlaß einer neueren Gesetzesnorm zurückzuführen, sondern sie beruhen auf alten Gebräuchen, die sich in unvordenklichen Zeiten, als der Mensch der Wasserkraft noch hilfloser gegenüberstand als heute, gebildet haben, und sie sind damit heute gleichsam zum natürlichen Inhalt eines jeden Eigentums am Wasser geworden. Die durch Gesetz begründete Beschränkung und die allgemeine Belastung der Anlieger, sowie das meist nur geringe Maß ihres merkbaren Eingriffes, berechtigen uns dazu,

[35]) Vgl. Hatschek a. a. O. S. 462.

diese Eigentumsbeschränkungen nach dem Wassergesetz, mit Ausnahme des Materialentnahmerechtes, als wahre öffentlich-rechtliche Beschränkungen zu normieren.

4. Den in der ferneren Entwicklung des Eigentumsbegriffes sich geltend machenden Gedanken der Allgemeinpflichtigkeit und des Zurückstehens der persönlichen Interessen hinter die öffentlichen brachte in eigenartiger Mischung von Enteignung und Beschränkung das Preußische Ausgrabungsgesetz vom 26. März 1914. Die Motive dieses Gesetzes sind kultureller und nationaler Natur, indem sie einmal die Erhaltung der für Kulturwie Urgeschichte des Menschen bedeutenden Altertümer für die Wissenschaft, dann aber auch ihren Verbleib im reichsdeutschen Besitz erstrebten.

Das Gesetz sieht zunächst einmal eine Ablieferungspflicht für solche Gegenstände gegen Entschädigung vor, wenn dies verlangt wird. Das Verlangen zu stellen unterliegt aber nicht nur dem freien Ermessen des Staates, der Provinz oder einer Kommune, sondern es besteht nur für den Fall, daß für die unversehrte Erhaltung Gefahr besteht. Wir dürften es hierbei mit einem speziellen Enteignungsrecht zu tun haben, mit typischem Überführungsmerkmal, denn nach § 18 Abs. 3 d. Ges. erlangt der Erwerber mit der Ablieferung das Eigentum an dem Gegenstande.

Die Beschränkungen, auf die es uns hier weiter ankommt, liegen in der Pflicht zur unveränderten Erhaltung der Fundsache, sowohl hinsichtlich des Fundobjektes als auch seiner Entdeckungsstätte, sodann aber auch in einem Verbot der Zerstörung, Beschädigung und Beiseiteschaffung. Diese Beschränkungen treffen somit auch das freie Belieben des Eigentümers, soweit es darin besteht, tatsächliche Einwirkungen auf das Objekt vorzunehmen, eine Vorschrift, die zum Zwecke der Ermöglichung wissenschaftlicher Studien vornehmlich verständlich ist. Die ferner im Gesetz vorgeschriebene Genehmigungspflicht für planmäßige Ausgrabungen stellt sich zwar auch als eine Beschränkung des Eigentums dar, trifft aber in Wirklichkeit nicht dieses, sondern die persönliche Handlungsfreiheit des Ausgrabenden. Dieser Vorschrift ist nicht der Eigentümer an sich unterworfen, sondern jeder, der derartige Arbeiten vornehmen will.

Eine rücksichtsvolle Einstellung gegenüber dem privaten Eigentum spricht auch aus diesem Gesetz. Das mag sich einmal darin zeigen, daß man es anscheinend absichtlich vermieden hat, die Ablieferungspflicht als Enteignung zu bezeichnen, aber auch ferner darin, daß diese Pflicht nur für den Fall der Gefahr einer Beschädigung des Gegenstandes durch den Besitzer besteht und die unversehrte ursprüngliche Erhaltung von entdecktem Objekt und Stätte wiederum nur dann, wenn sie keine erheblichen Kosten verursacht. Wenn das Gesetz auch für gefundene Altertümer eine Ablieferungs- und Erhaltungspflicht festsetzte, so glaubte man

sich diesen Zwangseingriff in das Eigentum doch erlauben zu können in der Erwägung, daß das — doch zufällig begründete — Privateigentum an diesen Gegenständen nicht nur aus den engen Gründen des allgemeinen Wohles, sondern auch aus höheren Kulturinteressen des deutschen Volkes zurückstehen müsse. Leider reicht der gesetzliche Schutz nur aus, um die Erhaltung neu entdeckter Altertümer zu wahren. Altertümer, die sich z. Zt. des Gesetzeserlasses schon im privaten Eigentum befanden, unterliegen dem Gesetz und damit auch seinen Beschränkungen nicht, eine Folge, die sich aus dem Aufbau des Gesetzes, namentlich den Bestimmungen der §§ 5, 8 und 10 ergibt.

5. Neuartige Motive zu das Eigentum beschränkenden Vorschriften und neue Wege in ihrer Gestaltung schlägt die Gesetzgebung der Nachkriegszeit ein. Eine gewisse sittliche, gesundheitliche und kulturelle Verwahrlosung erforderte ganz andere gesetzgeberische Maßnahmen als zuvor, Maßnahmen allerdings, die in ihrer Ausdehnung nicht auf die Freiheit der Person beschränkt blieben, sondern auch vielfach den Inhalt des Eigentums ergriffen. Zunächst ist da einmal

a) das Preuß. Gesetz zur Erhaltung des Baumbestandes und zur Erhaltung und Freigabe von Uferwegen im Interesse der Volksgesundheit vom 29. Juli 1922[36]), kurz Baumbestandsgesetz genannt. Der Titel läßt schon erkennen, welchen zweifachen Inhalt das Gesetz hat, und aus welchen Tendenzen es erfolgte. Danach unterliegt das Eigentum an Baumbeständen folgenden Beschränkungen: Maßnahmen zur Veränderung, also namentlich Abholzungen bedürfen behördlicher Genehmigung. Dem entspricht ein strafrechtliches Verbot der ohne Genehmigung erfolgten Veränderungen. Für diese Beschränkung ist erst eine unter gewissen Kautelen erfolgende Eintragung des betr. Baumbestandes in einem Verzeichnis, die in Industriegebieten von Amts wegen vorzunehmen ist, konstitutiv; also erst von dem Tage der Eintragung besteht die Beschränkung des Eigentums und unterliegt der Baumbestand diesem Schutz. Interessant ist, daß diese Beschränkungen nur von temporärer Dauer sind, nach zehn Jahren sind sie auf Verlangen aufzuheben, sollen die Baumbestände für die Allgemeinheit weiter erhalten bleiben, so muß die Gemeinde oder ein sonst Interessierter sie erwerben, für sie besteht dann aber auch die Beschränkung, die Bestände nicht zu zerstören.

Weiterhin ist im Gesetz vorgesehen die Freigabepflicht des Eigentümers von Uferwegen für den Wanderverkehr. Auch diese Pflicht besteht nur auf Verlangen und hat zur Voraussetzung, daß die betr. Uferwege (Wanderwege) in ein Verzeichnis aufgenommen und dies veröffentlicht worden ist. Es besteht dann die Beschränkung für den Eigentümer, den Wanderverkehr, also einen Verkehr

[36]) abgedr. unter 25. VII. 23 (Ges. Sammlg. S. 358) und 30. VI. 1926 (GS. S. 85).

im beschränkten Umfange, auf diesen in seinem Eigentum bleibenden Wegen und ihre entsprechende Unterhaltung zu dulden und nach der Wasserseite hin die Ausführung von die die Aussicht beeinträchtigenden Bauten zu unterlassen. Das Duldenmüssen des Wanderverkehrs bedeutet im Zweifel nicht eine Widmung für den öffentlichen Verkehr und macht deshalb den Weg auch nicht zu einem öffentlichen; es besteht auch keine Unterhaltspflicht für den Eigentümer selbst, so daß die Regelung der Rechtsverhältnisse daran für die Zukunft noch nicht abzusehen ist.

Das Baumbestandsgesetz von 1922 schließt damit die Reihe der zum Schutz des deutschen Waldes ergangenen Gesetze, wie das Gesetz betr. Schutzwaldungen und Waldgenossenschaften (Waldschutzgesetz) vom 6. Juli 1875, das die Erhaltung des Waldes gegen elementare Gefahren betraf, und das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 21. Januar 1926 (erneuert), das vorzugsweise in § 30 die Anordnung von Naturschutzgebieten vorsieht. Über diese Bestimmungen hinaus will aber das Baumbestandsgesetz die Erhaltung des Waldes, nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Wahrung eines wertvollen volkswirtschaftlichen Naturschatzes, sondern auch aus den Interessen einer aus großen Waldbeständen fließenden Förderung der Volksgesundheit, erreichen und nahm deshalb obige Beschränkungen des privaten Eigentums an solchen Waldbeständen vor, ein Motiv, dem eine soziale Berechtigung nicht abgestritten werden kann.

b) Reichsgesetzliche Normen unserer Materie sind aus der neueren Zeit die Verordnung über die Ausfuhr von Kunstwerken vom 11. Dezember 1919 und die Verordnung über den Schutz von Denkmälern und Kunstwerken vom 8. Mai 1920. Beide sind Bestimmungen, die aus Kulturinteressen die Erhaltung des deutschen Kunstbesitzes erstrebten. Die erstere Verordnung band die Ausfuhr von Kunstwerken an die Genehmigung eines Reichkommissars. Doch unterlag ihr nicht aller Kunstbesitz von vornherein, sondern nur der, welcher in ein Verzeichnis eingetragen und bekannt gemacht war. Auch hier war also die aus diesem Gesetz sich ergebende Beschränkung des Eigentums an solchen Werken in ihrer Entstehung abhängig von der Aufnahme in das betr. Verzeichnis. Die Eintragung ist ein Akt der Verwaltung, der für den einzelnen Gegenstand eine Beschränkung festsetzt des Inhalts, daß seine Ausfuhr ohne vorherige Genehmigung nicht vorgenommen werden darf. Nach den Ausführungsbestimmungen stand dem Eigentümer ein Einfluß gegen die Aufnahme seines Kunstwerkes in dieses Verzeichnis nicht zu, sondern es lag allein im Ermessen der Landeszentralbehörde, diese vorzunehmen. Der Umfang der Rechtsentziehung war insofern kein einschneidender, als nur die Ausfuhr gebunden war, während im übrigen für die freie Verfügung über den Gegenstand keinerlei Beschränkung bestand. Für die Erteilung der Genehmigung zur

Ausfuhr war als erschwerender Umstand die Erteilung durch einen nach bestimmter Art zusammengesetzten Ausschuß eingesetzt. Die Behandlung der möglichen Genehmigung als einen Ausnahmefall und die Festsetzung einer Strafbestimmung schon für die versuchte genehmigungslose Ausfuhr bestimmen mich, in dieser Regelung ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu sehen, wonach also grundsätzlich die Ausfuhr der eingetragenen Kunstwerke verboten ist, ausnahmsweise aber im einzelnen Fall gestattet werden kann. Die Bestimmungen dieser Verordnung treffen nicht nur den Eigentümer, sondern auch sonstigen Besitzer, Spediteur oder dergl.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist diese Beschränkung eine Enteignung, weil sie durch einen Individualakt, die Eintragung, an einem einzelnen Gegenstand die Beschränkung begründet. Die Enteignung hat allerdings wieder die Besonderheit, daß sie nur vorübergehend besteht und eine Schädigung des Eigentümers erst dann eintritt, wenn die Genehmigung versagt und auch dann nur in besonderen Fällen denkbar ist, z. B. bei einem Verkauf zu einem ungewöhnlich günstigen Preis.

Ähnlichen Inhalts, mit nur weiterreichenden Beschränkungen ist die zweite Verordnung. Sie ergreift nicht nur die Kunstwerke, die wegen ihrer nationalen Bedeutung in ein Verzeichnis eingetragen sind, sondern erstreckt sich auf alle Gegenstände von geschichtlichem, wissenschaftlichem und künstlerischem Werte. Damit ist also die Masse der betroffenen Objekte eine viel größere; das Gleiche gilt aber auch für die Verfügungsbeschränkungen, indem nicht allein die Ausfuhr, nein auch jede Veräußerung, Verpfändung (nicht Pfändung) oder Veränderung obrigkeitlicher Genehmigung bedarf. Belastet von dieser Beschränkung sind jedoch nicht alle Besitzer derartiger Gegenstände, sondern nur kurz Sammlungen größerer Art. Damit sind die Beschränkungen weniger dinglicher Natur, sie haften nicht an dem Eigentum als solchen, sondern nur an den Personen, die Besitzer solcher Sammlungen sind. Die Beschränkungen mildernd wirkt die nach § 2 zulässige Anordnung der Landesregierungen, die sowohl den Kreis der Gegensätze näher umgrenzen, als auch die Voraussetzung für das Verbot der Ausfuhr und deren ausnahmsweiser Genehmigung näher festlegen kann. Diese, das freie Belieben des Eigentümers bezw. Besitzers in der Verfügung ganz ausschaltenden Vorschriften stellen allerdings das Weitgehendste einer Beschränkung dar, das man bisher dem Eigentum aufzuerlegen für billig hielt. Aus der Not der Zeit sind aber auch diese Ausnahmebestimmungen verständlich und zu billigen, trugen sie doch dazu bei, einen großen Teil deutschen Kunstbesitzes, dessen Bedeutung sich nach heutiger Erkenntnis nicht nur in einem Wertobjekt für den Besitzenden erschöpft, sondern ein wichtiger Bestandteil des ganzen deutschen Kulturgutes ist, im Deutschen Reich zu halten. Dem Schutz dieser In-

teressen müssen aber auch weitgehend die Rechte des Eigentümers an seiner Sache weichen. Bedürfte es doch gerade deshalb solch strenger Vorschrift wegen des Sinkens des Verantwortlichkeitsgefühls weiter Kreise gegenüber der deutschen Kulturgemeinschaft und des ungeheuren Anreizes hochwertigen ausländischen Geldes. Das Recht, Kunstwerte behalten zu dürfen, galt damals vor der deutschen Kultur mehr als das Recht, das Eigentum daran in bestimmter Weise auszuüben. Dem notstandsähnlichen Zustand entspricht es, daß die Verordnungen bis zum Ende des Jahres 1925 nur galten und demgemäß die Beschränkungen voraussehbar und nur von temporärer Dauer waren. Auch sie dürften sich wegen ihrer Belastung nur weniger einzelner Personen als Enteignung in unserem heutigen Sinne darstellen, für die im übrigen das weiter unten Gesagte gilt.

c) Neue Ziele der Gesetzgebung bringen auch neuartige Regelung von Rechtsverhältnissen mit sich. Demgemäß enthält auch das im Gebiete der sogen. Bodenreform sich bewegende Reichssiedlungsgesetz vom 11. August 1919 Vorschriften mit beschränkender Wirkung für das Eigentum, wie sie bisher nicht bekannt waren. Es wird darin insbesondere für Siedlungsunternehmungen ein Vorkaufsrecht an allen landwirtschaftlichen Grundstücken von über 25 ha Größe begründet. Das Vorkaufsrecht ist in erster Linie eine Belastung des Grundstücks, es stellt sich aber auch als eine Beschränkung des Eigentums deshalb dar, weil es zwar nicht das Verfügungsrecht des Eigentümers beschränkt, wohl aber ihn hindert, im Falle des Willens sein zu einer Übertragung an einen Anderen, es an diesen zu übertragen. Die Beschränkung betrifft also nur die Freiheit in der Auswahl des Erwerbenden. Im übrigen, also z. B. in der Freiheit der Bedingungen oder in anderen tatsächlichen Verfügungen, läßt sie den Eigentümer unberührt. Das Vorkaufsrecht enthält auch keine Beschränkung mit dem Inhalt einer Pflicht zu einem Tun, es besteht für den Eigentümer keine Übertragungsverpflichtung für das Grundstück, tut er jedoch seinen Willen kund, sich des Grundstückes zu begeben, indem er einen Veräußerungsvertrag abschließt, so muß er den Eintritt des Vorkaufsberechtigten in den Vertrag dulden. Das Vorkaufsrecht des Reichssiedlungsgesetzes besteht kraft Gesetzes an jedem Grundstück, das den bestimmten Voraussetzungen an Größe entspricht, jedoch nur für die Zwecke der Siedlung.

Da es sich im Sinne des Art. 153 Abs. 2 Satz 2 RV. um ein Reichsgesetz handelt, ist es nur von theoretischer, weniger von praktischer Bedeutung, ob sich die gesetzliche Auferlegung des Vorkaufsrechtes als eine Enteignung oder nur als eine Beschränkung des Eigentums darstellt. Das Reichsgericht[37]) hat sich mehrfach auf letzteren Standpunkt gestellt. Die begründenden Ausführun-

[37]) RG. Bd. 105 S. 253; Bd. 107 S. 261 ff.; Bd. 112 S. 72.

gen des Reichgerichtes gehen davon aus, daß Enteignung im Sinne der Reichsverfassung im wesentlichen dem Begriff des Preußischen Enteignungsgesetzes von 1874 aequivalent sei (!), also auch eine Beschränkung sein könne. Doch sei abzulehnen, daß die Einführung eines Vorkaufsrechtes unter den Begriff der Enteignung falle, weil es weder das Eigentum noch ein daraus fließendes Recht entzöge, sondern die Eigentümer das Eigentum behielten und zu Verfügungen gegen ihren Willen nicht veranlaßt würden. Erst wenn der Eigentümer veräußern wolle, hätte der Vorkaufsberechtigte ein vorgehendes Erwerbsrecht. Der Entscheidung ist sicher in ihrem Ergebnis zuzustimmen. Wie verhält sie sich aber zur späteren Entwicklung des Enteignungsbegriffes durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[38])? Wenn Beeinträchtigungen des freien Beliebens schon Enteignungen sind, so dürfte sich trotz der Gegenargumente des Reichsgerichts auch die Schaffung eines gesetzlichen Vorkaufsrechtes als Enteignung darstellen. Allerdings wird das Verfügungsbelieben des Eigentümers vorerst nicht angetastet, es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß das Recht der freien Auswahl des Kontrahenten auch zum Inhalt des freien Beliebens gehört und seine Beeinträchtigung daher folgerichtig auch eine Enteignung im Sinne des Reichsgerichtes sein muß. An der Absurdität dieses Ergebnisses sei schon hier die Unrichtigkeit der reichsgerichtlichen Formulierung und die Gefahr gezeigt, die dadurch für die Eigentumsfreiheit heraufbeschworen wird.

Man wird nicht fehlgehen, wenn man in der Einführung eines Vorkaufsrechtes tatsächlich nur eine Beschränkung des Eigentums sieht. Für diese Auffassung spricht zunächst einmal ein gewisses natürliches Empfinden, das sich gegen eine andere weitergehende Konsequenz sträubt. Trifft doch der Enteignungsbegriff immer da zu, wo wir es mit einer Entziehung von Rechten des Eigentümers zu tun haben. In allen Fällen des Duldens von Eingriffen, um einen solchen handelt es sich hier: Dulden des Eintrittsrechts des Vorkaufsberechtigten, wird man richtigerweise von einer Rechtsentziehung erst da zu sprechen haben, wenn der Eigentümer gegen eine derartige zu Unrecht bestehende Rechtsentziehung die actio negatoria oder die rei vindicatio haben würde. Beide Ansprüche sind aber bei dem Eintrittsrecht des Vorkaufsrechtes nicht gegeben. Selbstverständliche Voraussetzung dazu ist, daß das Vorkaufsrecht einführende Gesetz unseren Ansprüchen an eine Generalnorm gerecht wird. Es kann deshalb auch die Auferlegung eines Vorkaufsrechtes eine Enteignung sein, wenn dies durch ein Individualgesetz geschieht.

Das Reichsgericht[39]) hat noch für einen Sonderfall ein gesetzliches Vorkaufsrecht als Enteignung erklärt, wenn es auch für

[38]) Vgl. namentlich RG. Bd. 117 S. 272 und meine Ausführungen unten S. 48 ff.
[39]) RG. Bd. 112 S. 70 f.

den Fall auferlegt ist, daß ein gültiger Kaufvertrag nicht zustandegekommen ist, weil es ein Zwang zu einer Verfügung sei. Dem muß zugestimmt werden, weil es deutlich ein gesetzlicher Individualeingriff ist und einwandfrei wegen des Anspruches auf Übertragung das Überführungsmoment zeigt.

Dem Vorkaufsrecht des Siedlungsunternehmens entspricht ein Wiederkaufsrecht gegenüber der geschaffenen Ansiedlerstelle. Die daraus folgende Beschränkung des Eigentums ist von der gleichen Struktur und Inhalt wie die des Vorkaufsrechtes.

d) Mit vorstehenden Darlegungen sind wir mit der Aufführung der neuesten reichsgesetzlichen Fälle der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im wesentlichen zum Abschluß gelangt. Zu erwähnen wären noch zwei Spezialgesetze: das Preuß. Wohnungsgesetz vom 28. März 1918 und das Reichsgesetz zur Erhaltung der Kriegergräber vom 29. Dezember 1922. Ersteres Gesetz schafft aus den Motiven einer gesunden Wohnungspolitik eine Ermächtigung zum Erlaß von Bauordnungen, die an die Errichtung von Wohnungsbauten besondere Anforderungen zu stellen ermächtigt sind. Die daraus wachsenden Beschränkungen des Eigentums zeigen sich in einer Einschränkung der Bauweise, und sind deshalb solche baupolizeilicher Natur. Weiter schafft das Gesetz eine Möglichkeit zum Erlaß von Polizeiverordnungen für die Benutzung der Gebäude und Wohnungen, die nach dem Polizeiverwaltungsgesetz von 1850 noch nicht bestand. Damit ragen diese Beschränkungen auch nicht aus dem Gebiet des polizeilichen hinaus, sie lassen nur eine im Maß spezielle und im Zweck und Ziel besondere Einschränkung der Eigentumsfreiheit zu, ohne aber dabei über das hinauszugehen, was nicht nach den modernen Forderungen der Kultur und Sittlichkeit als Umfang und Inhalt des Eigentumsrechtes an Wohnungen eine Bestimmung vertrüge[40]).

Das Kriegsgräbergesetz, dem praktisch eine große Bedeutung nicht zukommt, belastet Grundstücke, in denen die Leichen von deutschen Kriegern beerdigt sind, mit einem dauernden Ruherecht. Der Eigentümer des betr. Grundstücks ist also zu ihrer Duldung und Erhaltung, nicht aber Unterhaltung verpflichtet. Bemerkenswert an diesem Gesetze ist, daß das Grundstück direkt mit einem bisher unbekannten Recht im öffentlichen Interesse belastet ist, um aus Pietätsgründen die Gräber der letzten Kriegsgefallenen für das Gedenken des deutschen Volkes zu erhalten. Das hier gewählte Rechtsinstitut träfe also tatsächlich die öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit O. Mayers, deren Konstruktion wir oben ablehnten. Diese Besonderheit in der Konstruktion der Eigentumsbeschränkung macht das Reichskriegsgräbergesetz besonders bemerkenswert. Wegen der in ihm enthaltenen

[40]) Über die sogen. Freiflächenausweisung nach dem Wohnungsgesetz siehe unten S. 60.

Überführung — Entziehung des Beseitigungsrechtes einerseits und Gewährung des Ruherechtes anderseits — dürfte es sich um eine Enteignung handeln, trotz generellen Inhaltes des Gesetzes.

Schließen wir damit die Untersuchungen über die neuesten Entfaltungen der Eigentumsbeschränkung ab: Sichtbar ist daran, wenn man ihre zeitliche Aufeinanderfolge betrachtet, eine immer steigende Art der Inanspruchnahme des Eigentums für irgendwelche Zwecke des öffentlichen Interesses. Die Bestrebungen der menschlichen Kultur spiegeln sich in der Materie ihrer Gesetze vielfach wieder, so zeigt denn auch die Entwicklung der das Eigentum regelnden Gesetzgebung einen langsamen Sieg des Gedankens der Allgemeinpflichtigkeit des Eigentums in dem Konflikt der Interessen: Kulturwertordnung und Einzelwirtschaftsordnung[41]). Das wirtschaftliche Interesse des Einzeleigentümers hat gegenüber den allgemeinen öffentlichen Anforderungen aus kulturellen, sozialen und ethischen Motiven zurückzustehen, das entspricht der z. Zt. immer mehr eindringenden Auffassung von Inhalt und Ausübung des Eigentums.

Dritter Hauptteil

1.

Der Behandlung der in diesem Abschnitt zu untersuchenden Fragen soll eine Darstellung des für die Auslegung des Art. 153 RV. so wichtigen Begriffs der Enteignung, unter Berücksichtigung seiner neuesten Entwicklung, vorausgehen.

Die Enteignung ist die stärkste Art staatlichen Eingriffs in das Privateigentum und hat deshalb in allen modernen Verfassungen unter mehr oder weniger engen Voraussetzungen ihre gesetzliche Grundlage und staatlichen Vorbehalt gefunden. Gleichgültig kann hier sein, ob man in der Enteignung eine Durchbrechung der Eigentumsgarantie, oder, wie das Schweizer Bundesgericht meint, gerade seine Bestätigung und Spezifikation sieht[42]), und lassen wir damit auch den alten Streit ruhen, ob eine Entschädigung für die Enteignung begriffswesentlich oder nur deren Folge ist. Hüten soll man sich nur, von einem subjektiven Recht des Staates auf Enteignung zu sprechen, nach dem der Staat letzthin doch die Macht hat, als Träger der Gewalt Enteignungsgesetze zu erlassen, die jedem Eigentumsgrundrecht widersprechen. Solche Auffassung hat in unserer Zeit der demokratisch und liberal aufgebauten und regierten Staaten keinen Anhalt.

Das Rechtsinstitut der Enteignung hat in der Zeit vor der Weimarer Reichsverfassung in Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung seine abschließende Ausbildung erfahren, die dem

[41]) Vgl. Hensel. Arch. f. öffentl. Recht Bd. 53 S. 394.

[42]) Vgl. M. Wolff. Reichsverfassung und Eigentum S. 13; auch Ihering, Zweck im Recht Bd. I (3. Aufl.), S. 526.

im allgemeinen unstreitigen Begriff einen bestimmten Inhalt gaben, sie stellt sich danach dar als ein staatlicher Eingriff in die private Vermögenssphäre, welcher durch einen Verwaltungsakt auf Grund Gesetzes Privateigentum dem Inhaber entzieht und es auf einen anderen überträgt[43]). Der Eingriff war dazu noch an gewisse Voraussetzungen geknüpft, wie das Erfordernis des öffentlichen Wohls und einer angemessenen Entschädigung. Wesentlich für den Begriff der Enteignung ist, daß das Objekt der Enteignung nur ein dingliches Vermögensrecht — vorzugsweise ein Grundstück — sein kann, daß sie nur durch einen Einzelakt der Verwaltung auf Grund eines allgemeinen die Enteignung regelnden Gesetzes erfolgt, und daß sie eine Überführung des entzogenen Rechts an einen anderen enthält. Von geringen Meinungsverschiedenheiten abgesehen, war dies die allgemein herrschende Ansicht über den Enteignungsbegriff[44]), den man mit Jellinek als den „klassischen" Enteignungsbegriff bezeichnen kann und der seine vorwiegende Ausbildung für die Enteignung von Grundstücken erfahren hat. Er basiert auch auf Art. 9 Preuß. Verf.-Urkunde von 1850 und ist so in das Preußische Grundstücksenteignungsgesetz vom 11. VI. 1874 übergegangen.

In der Nachkriegszeit, seit Erlaß der Reichsverfassung vom 11. VIII. 1919 hat aber der Enteignungsbegriff einer vielgestaltigen Entwicklung unterlegen, und es sind in Wissenschaft und Rechtsprechung die verschiedensten Ansichten, mit teils einschneidenden Abweichungen gegenüber früher hervorgetreten, die uns beinahe dazu berechtigen könnten, mit C. Schmitt[45]) von einer „Auflösung" oder „Zersetzung"[46]) des Enteignungsbegriffs zu sprechen. Die früher so typischen Begriffsmerkmale sind nacheinander entfallen, der Begriff ist unscharf geworden, und damit hat die Enteignung eine ungeheure Erweiterung und wegen Art. 153 RV. für das positive Recht eine steigende Bedeutung erfahren. Die Änderung ihrer Begriffsmerkmale verdankt die Enteignung weniger einem Wechsel in der wissenschaftlichen Auffassung als der Tendenz in der Rechtsprechung, den Schutz des Eigentums gemäß Art. 153 RV. möglichst dem gesamten Vermögen des Privatmannes und gegenüber allen Akten der Staatsgewalt zukommen zu lassen, ein Schutz, der einmal in der Garantie des Eigentums und ferner in der Entschädigungspflicht für Enteignungen besteht. Damit ergibt sich, daß die Erweiterungen des Enteignungsbegriffs lediglich eine Folge der, man kann bald sagen, unseligen Verkettung mit der Entschädigungsfrage sind.

Die Erweiterung ergriff zunächst einmal das Objekt der Enteignung, indem man sich davon abwandte, nur dingliche Rechte

[43]) Anschütz, Komm. S. 399.
[44]) Ebenda.
[45]) JW. 1929 S. 495 ff.
[46]) Wittmayer, Enteignung in Handw. d. Staatswiss. Bd. III S. 730 ff.

darunter zu fassen, und in Verbindung mit der Erweiterung des Eigentumsbegriffs auf nicht körperlichen Rechte dehnte man die Möglichkeit der Enteignung auf alle subjektiven privaten Vermögensrechte einschließlich der persönlichen Forderungen aus[47]). Dieser Schutz wurde aber dann dem Privateigentum nicht nur gewährt, wo ein Akt der Verwaltung in Anwendung eines die Enteignung regelnden Gesetzes vorlag, sondern auch da, wo der Gesetzgeber selbst unmittelbar in das Privatrecht eingriff[48]).

Damit wird das von O. Mayer[49]) so streng geforderte Kriterium aufgegeben: „Das Gesetz bestimmt rechtssatzmäßig, wann die Enteignung stattfinden soll, und auf Grund dieses Rechtssatzes die vollziehende Gewalt im Einzelfall die Enteignung durchführt". Er erkennt natürlich an, daß das Gesetz auch im Einzelfall selbst zugreifen könne, „das Gesetz, d. h. der in der Form des Gesetzes erscheinende Staatswille, kann rechtlich alles", nur sei das eben nicht das Rechtsinstitut der Enteignung. Die gleiche Anforderung an den Charakter der Enteignung stellt C. Schmitt[50]), der sich für seine Ansicht einmal darauf beruft, daß der Begriff der Enteignung so festzuhalten ist, wie er bei Erlaß der Verfassung herausgebildet worden war und folgerichtig auch nicht anders in die Verfassung übergegangen sein kann, ferner ist für ihn die Terminologie des Verfassungstextes von besonderer Wichtigkeit, der eben durch die Formel „auf Grund eines Gesetzes" (richtiger auf gesetzlicher Grundlage) besagen wolle, wie für jeden Rechtsstaat, daß eine Enteignung nur ein Akt der Gesetzesanwendung, nicht selbst Gesetzesakt sein dürfe. Das soll heißen: „Durch ein Enteignungsgesetz wird generell festgelegt, unter welchen Voraussetzungen und Verfahren enteignet werden darf, und durch einen Akt der von der Gesetzgebung unterschiedenen Verwaltungsbehörden wird diese generelle Norm auf den Enteignungsfall angewandt"[51]).

Die Argumente Schmitts können aber nicht durchschlagen. Auch für die Enteignung gilt, wie ihre Geschichte zeigt[52]), keine abgeschlossene Entwicklung mit starren unverrückbaren Begrenzungen. Sie erfuhr ihre eigentliche Ausbildung erst im 19. Jahrhundert mit der Einführung der Verfassungen, ohne daß man sagen könnte, diese Ausbildung sei abschließend gewesen. Die Verhältnisse jener Zeit ließen sie eben nur in der ausgebildeten Form entstehen. Aber Änderungen gab es für sie im Wechsel der Zeiten ebenso wie für andere Rechtsinstitute, Schwankungen, ohne

[47]) Vgl. M. Wolff S. 23; RG. Bd. 109 S. 319; Bd. 111 S. 320; dagegen Schelcher a. a. O. S. 154.

[48]) M. Wolff a. a. O. S. 21; Anschütz a. a. O. S. 400; RG. Bd. 103 S. 200; Bd. 105 S. 253; Bd. 109 S. 317; Bd. 111 S. 325.

[49]) Verwaltungsrecht a. a. O. Bd. II S. 5.

[50]) Verfassungslehre S. 151 und Jur. Woch. 1929 S. 497.

[51]) Schmitt a. a. O. S. 152.

[52]) Wittmayer, Handw. S. 734.

die es in der Rechtswissenschaft und überhaupt in der menschlichen Kultur keinen Fortschritt gäbe. Man wird deshalb grundsätzlich die Möglichkeit anzuerkennen haben, daß der Enteignungsbegriff einer weiteren Entwicklung fähig ist. Für die Ansicht von Schmitt, daß die Enteignung in Art. 153 im Sinne des Begriffes nach dem Stande des Jahres 1919 auszulegen sei, mag zwar die Vermutung sprechen, aber schon Anschütz[53]) hat dagegen wichtige Bedenken geäußert und m. E. auch die Vermutung genügend widerlegt, daß die Verfassungsgeber nur den bisherigen engen Begriff der Enteignung übernehmen wollten. Zuzugeben ist auch, daß dem Begriff der Enteignung im täglichen Leben damals ein bestimmter Sinn und eine Vorstellung zukam — das mag in der Bedeutung des Instituts liegen, die zu jener Zeit für das eigentliche öffentliche Recht noch sehr zurücktrat und sich meist nur auf privatrechtlichem Gebiet auswirkte —. Diese Vorstellung kann aber für die Rechtswissenschaft, die gehalten ist, neueren Richtungen und Entwicklungen Rechnung zu tragen, nicht entscheidend sein, und dies gilt besonders für die Enteignung, die einer gewissen Elastizität bedarf, um sich den Bedürfnissen des Staates anschmiegen zu können[54]). Daß man damals vielleicht noch nicht absah, welche Entwicklung der Enteignungsbegriff einmal nehmen würde, und welche Auswirkungen dies unter ganz veränderten Verhältnissen zeigen könne, darf aber für uns nicht bestimmend sein, die Erweiterung des Begriffes auf Tatbestände abzulehnen, die wirtschaftlich betrachtet dieselbe Wirkung haben, wie die klassische Art der Enteignung. Diese Veränderung hängt zusammen einmal mit der Entwicklung des Eigentumsschutzes, ferner aber auch mit einer in der neueren Gesetzgebung zu bemerkenden Tendenz, Verwaltungsmaßnahmen, die sich in dem Rahmen des modernen Rechtsstaates nicht einfügen würden, in Form des Gesetzes durchzuführen. Ein Mißbrauch des formellen Gesetzes und ein Wandel, wie ihn eine unzureichende Trennung von Gesetzgebung und Verwaltung mit sich führte[55]). „So kommt es, daß eine große Anzahl der neueren Gesetze inhaltlich nicht Rechtsetzung, sondern Verwaltung sind, m. a. W.: nicht abstrakte, sondern konkrete Tatbestände regeln". Äußerlich ist dann der Enteignungsfall ein Gesetz, inhaltlich betrachtet ein Verwaltungsakt ohne eine materiell-rechtliche Norm.

Damit sind wir aber auch zu einer Entgegnung auf das zweite Argument von Schmitt gelangt, denn wenn das Gesetz es unternimmt zu regeln, was eigentlich Aufgabe eines Aktes seiner Anwendung, der Verwaltung sein sollte, wer kann es der Praxis da übelnehmen, daß sie ebenfalls mit einer Erweiterung ihrer Be-

[53]) Komm. S. 399/400.

[54]) O. Mayer a. a. O. Bd. II S. 3.

[55]) Helfritz, Jahrb. d. öffentl. Rechts Bd. XIV S. 259. Fleiner, Institutionen S. 315.

griffe — diese haben übrigens nur Bestand innerhalb des allgemeinen Rechtssystems — reagiert. Dahingestellt sei, ob überhaupt die Formel „auf gesetzlicher Grundlage“ dem technischen Ausdruck gleich sein solle, der nach Schmitt nur Akte nach allgemeiner Ermächtigung damit zulasse, noch ob diese Formel dem Ausdruck „auf Grund eines Gesetzes“ gleichkomme. Mir scheint, als ob damit lediglich gesagt werden soll, was heute allerdings für einen Rechtsstaat selbstverständlich ist, daß Enteignungen ohne Gesetz, also nach Ermessen der Behörden unzulässig seien. Die gesetzliche Grundlage kann aber das enteignende Gesetz selbst sein[56]).

Was die Ansicht O. Mayers anbetrifft, so mag hier der Hinweis darauf genügen, daß seine Forderungen zu einseitig auf den Begriff der Enteignung im Sinne der damaligen Enteignungsgesetze, namentlich des Preußischen Grundstücksenteignungsgesetzes abgestellt sind, wofür er allein den Ausdruck „Enteignung“ gelten lassen will. Damit wird aus dem Gegensatz ein Streit um leere Worte.

Die letzte und wohl die wesentlichste Einbuße, die der alte Enteignungsbegriff in neuerer Zeit erlitt, war die Aufgabe des Kriteriums der Überführung des entzogenen Rechtes auf den Berechtigten. Jetzt kann schon jede Entziehung eines Rechtes, jede Eigentumsbeschränkung, da sie ja auch Rechte entzieht, zur Enteignung werden, ohne daß eine Begründung von Rechten in der Hand eines anderen erforderlich ist. Diese Entwicklung gipfelt schließlich in dem Erkenntnis des Reichsgerichts[57]): „Eine Enteignung im Sinne von Art. 153 RV. ist schon dann anzuerkennen, wenn das Recht des Eigentümers mit seiner Sache gemäß § 903 BGB. nach Belieben zu verfahren, zugunsten eines Dritten beeinträchtigt wird“. Die Umgrenzung des bisherigen Begriffs wird ausdrücklich verworfen. Daß die Beeinträchtigung zugunsten eines Dritten vorausgesetzt ist, erfordert nicht notwendig eine Übertragung des entzogenen Rechtes, denn auch in der Entziehung allein kann eine, wenn auch nur subsidiäre Begünstigung für Dritte liegen. Das Moment der Begünstigung bringt nur den Gegensatz zur Konfiskation zum Ausdruck.

Mit dieser Entscheidung stellt das Reichsgericht einen Satz auf, der eine Folge und weitere Etappe seiner in der jüngsten Zeit in der Enteignungsbegriffserweiterung segelnden Urteilssetzung ist, die aber auch von einschneidender Wirkung auf die gesamte Gesetzgebung wie Praxis sein kann. Eine überzeugende Begründung dieser Ansicht in der Entscheidung muß ich jedoch vermissen, jedenfalls kann der dazu vorgenommene Hinweis auf einzelne früheren Entscheidungen nicht genügen, da diese noch

[56]) Jellinek, Verwaltungsrecht S. 395.
[57]) RG. Bd. 116 S. 272.

an der Forderung einer Überführung festhalten[58]). Die Begründung ist auch deshalb verfehlt, weil sie ausgeht von dem privatrechtlichen Eigentumsbegriff und nicht erkennt, daß dieser Eingriff in das Eigentum ein öffentlich-rechtlicher war, demgegenüber die Rechte des Privateigentümers nicht mit dem Inhalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch bestanden.

Ob diese Entscheidung auch durch die Ansicht von Anschütz[59]), wie erwähnt, wirklich gestützt wird, läßt zu streiten offen. Anschütz verneint nur positiv da das Überführungserfordernis, wo es sich um einen direkten Gesetzeseingriff handelt, während in dem dem Reichsgericht vorliegenden Tatbestande, die Entziehung doch offenbar durch einen konstitutiven Verwaltungsakt: Eintragung des Grundstückes in eine Denkmalliste, geschah. Allerdings wird gerade wegen des letzteren Umstandes der reichsgerichtlichen Entscheidung in ihrem Ergebnis zuzustimmen sein, wenn man überhaupt die Notwendigkeit einer Erweiterung des Enteignungsbegriffes anerkennt[60]).

An der Forderung, daß die Überführung des entzogenen Rechts für die Enteignung begriffswesentlich ist, wird denn auch von namhaften Rechtslehrern, wie M. Wolff[61]), Krückmann[62]) und neuestens C. Schmitt[63]) mit aller Entschiedenheit festgehalten, während Schelcher[64]) seine Wesenhaftigkeit für die Enteignung ablehnt. Nach M. Wolff[65]) entspricht es der überlieferten Lehrmeinung, daß eine Enteignung nur da vorliegt, wenn zugleich mit der Entziehung privater Rechte auf der einen Seite, für den durch sie Begünstigten auf der anderen Seite „gleichartige Privatrechte" gewonnen werden, was verschärft der Formulierung Anschütz' gleichkäme: Enteignung ist Übereignung. Zwar komme es auf die Rechtsform der Überführung dabei nicht an, möglich sei, daß der Staat die Rechte, so wie sie sind, überträgt, oder im Wege der Belastung neue Rechte absplittert oder auch, daß auf der einen Seite ein Recht vernichtet wird und auf der anderen Seite ein neues Recht entsteht oder eine bestehende Belastung aufgehoben oder Rechte verwässert werden. Doch genüge nicht die Gewinnung bloßer Gemeingebrauchsbefugnisse oder öffentlicher Rechte[66]). Seine Auffassung verläuft schließlich in dem Satz: „Wo

[58]) Ebenso Schmitt, JW. 1929 S. 495: Hinweis ist nicht ganz schlüssig. Vgl. auch d. Widerspruch i. d. Auffassung der Eigentumsbegründung zwischen RG. Bd. 107 S. 269 und Bd. 109 S. 319 (beides V. Ziv. Sen.).

[59]) Komm. S. 400.

[60]) W. Jellinek (a. a. O. S. 399 Anm. 51) will das Ergebnis nur deshalb als richtig anerkennen, weil es sich hierbei um einen ungebundenen Verwaltungsakt handelt.

[61]) Eigentum und Reichsverfassung S. 23 ff.

[62]) Enteignung und Entziehung nach alter und neuer RV. S. 2.

[63]) JW. 1929 S. 495 ff.

[64]) a. a. O. S. 170 ff.

[65]) a. a. O. S. 25 f.

[66]) a. a. O. S. 26 Anm. 1.

solche Überführung subjektiver Privatrechte fehlt oder wo sie nicht geschieht, damit der Begünstigte erwerbe, sondern damit der andere verliere (Konfiskation), liegt keine Enteignung vor." Krückmann[67]) zieht seinen Schluß folgendermaßen:

„Da Enteignung Zuführung zu einem als allgemeinnützig angesehenen Unternehmen ist, muß Enteignung grundsätzlich auch Übereignung sein."

In der älteren Literatur, vgl. namentlich bei Layer (a. a. O. S. 14 f.) wird eine gegenständliche Übertragung der entzogenen Rechte nicht, wohl die Begründung eines Rechtes des Begünstigten an dem entzogenen Gegenstand verlangt, und Layer[68]) fährt fort: „In der Regel sind diese neu begründeten und die aufgehobenen Rechte gleicher Art, gleicher juristischer Struktur, aus dem rein tatsächlichen Grunde, weil meist nur solche miteinander unvereinbar sind, die Begründung der einen ohne Aufhebung der anderen daher füglich nicht erfolgen kann. Sind beide juristisch wesensgleich, so liegt der Gedanke einer Rechtsübertragung nahe und ist das Verhältnis auch oft so konstruiert worden". Gegen diese — auf dem Charakter eines Zwangskaufes aufgebaute Konstruktion — erhebt aber Layer schon im folgenden wichtige Bedenken, indem er Fälle angibt, die eine weitgehende Entziehung des Eigentums enthalten und doch keine Rechtsbegründung auf der anderen Seite erfolgt, weil sie zu den bestimmten Zwecken nicht erforderlich ist, ein, wie man sieht, wirtschaftlich gleicher Effekt, und daher sei es auch nicht von der Hand zu weisen, daß eine Enteignung vorläge. Ähnliche Bedenken unter guter Begründung seiner von Wolff abweichenden Ansicht gibt Schelcher[69]), nach der für die Enteignung begriffswesentlich nur die Aufhebung der dem öffentlichen Unternehmen entgegenstehenden Privatrechte sei. „Alles weitere ist Gegenstand und Frage der zweckmäßigen, dem Bedürfnisse des Unternehmens entsprechenden Verwirklichung des Enteignungszweckes". Betrachtet wird danach nur, was dem Eigentümer genommen wurde.

Welche Bedeutung haben nun die Darlegungen über den Enteignungsbegriff für unsere öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung? In der Tat, wenn wir, wie M. Wolff[70]) zeigt, das Moment der Überführung als wesentliches Merkmal für den Enteignungsbegriff fallen lassen, so verwischen sich alle sicheren Grenzen zwischen Enteignung und bloßer Beschränkung des Eigentums ins Unbestimmte. War bisher eine Entziehung oder Beschränkung von Rechten erst dann eine Enteignung, wenn sie einem Begünstigten übertragen waren, nicht aber, wenn Dritte lediglich dadurch einen wirtschaftlichen oder rechtlichen Vorteil

[67]) a. a. O. S. 4.
[68]) a. a. O. S. 16.
[69]) a. a. O. S. 171 ff.
[70]) a. a. O. S. 26.

erzielten, so kann nunmehr jede Entziehung einer aus dem Eigentum fließenden Befugnis schon Enteignung sein. Es bestände also die Gefahr, daß der größte Teil, der von uns als Beschränkung des Eigentums angeführten Tatbestände unter die Kategorie der Enteignung einzureihen sein würde — dies gälte vor allem für die von O. Mayer unter seinen Begriff der öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit gezählten Fälle — und dies könnte, wegen der Bedeutung, die dem Art. 153 RV. für das positive Recht zukommt, deshalb für die Gesetzgebung auf dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Beschränkung inhaltlich von unangenehmer Folge sein, weil dieser Artikel für die Enteignung eine für die Landesgesetzgebung empfindliche Entschädigungspflicht vorgeschrieben hat. Wegen dieser für die Enteignung wichtigen Folge müßte man deshalb zu ihrer klaren Unterscheidung an dem Merkmal der Überführung des entzogenen Rechts aus dem Vermögen des Enteigneten in das Vermögen des Begünstigten für den Enteignungsbegriff festhalten[71]), will man nicht wegen der Gefahr einer unermeßlichen Erweiterung dieses Begriffs zu einer dadurch entstehenden Rechtsunsicherheit gelangen. Aber bei der Tendenz in der Rechtsprechung, den Art. 153 RV. als ein intensives Schutzmittel des Eigentums gegen aus Sozialisierungsbestrebungen des Gesetzgebers entspringende Rechtssätze zu gebrauchen, wird man mit dieser Forderung kaum Erfolg haben.

Eine direkte oder „gegenständliche Überführung", wie C. Schmitt sie verlangt[72]), dürfte nicht erforderlich sein und daß die Überführung keine Übertragung im technisch-juristischen Sinne, wie sie einer Vorstellung nach den Grundstücksenteignungsgesetzen entspräche, zu sein braucht, hat schon M. Wolff bewiesen[73]). Deshalb ist Enteignung nicht notwendig „Übereignung". Auch das Moment der „Gleichartigkeit"[74]) der gewonnenen Rechte ist nicht erforderlich, der überlieferten Lehrmeinung entspricht es keineswegs, im Gegenteil scheint es eine von Wolff zugefügte Beschränkung zu sein.

Die Kontroverse über die Wesentlichkeit des Überführungsmomentes für den Enteignungsbegriff läßt heute einen klaren Ausgang noch nicht absehen, es scheint jedoch, als ob die neuere Auffassung mehr und mehr an Boden gewänne und ihr liegt es nun ob, neue Abgrenzungen des Instituts zu geben. Der Streit um den Gegensatz, ob Überführung oder nicht, würde auch wohl kaum den Umfang und die Bedeutung angenommen haben, wenn

[71]) Zuzustimmen dürfte auch Layer a. a. O. S. 19 sein: „Die Besonderheit des Rechtsinstituts der Enteignung ist nicht die Aufhebung bestehender Rechte für sich allein, auch nicht die Erwerbung von Rechten aus Motiven des öffentlichen Interesses, sondern die Kombination beider".

[72]) a. a. O. S. 496.

[73]) a. a. O. S. 25.

[74]) Wolff a. a. O. S. 24.

es sich bei den den Gerichten vorgelegenen Fällen, die den Anlaß zu der Begriffserweiterung in der Rechtsprechung gaben, nicht um eine Entziehung nur einzelner Rechte aus dem Eigentum (Eigentumsbefugnisse) gehandelt hätte, wo im übrigen das Eigentum dem Besitzer verblieb, eine Substanzänderung also nicht stattgefunden hatte, sondern um eine völlige Eigentumsentziehung. Nur innerlich widerstrebend will man immer noch die bloße Entziehung einzelner Befugnisse als Enteignung anerkennen, obwohl man doch schon lange Beschränkungen des Eigentums als Enteignungen kennt. (Vergl. das Preuß. Grundstücksenteignungsgesetz von 1874.)

Im Sinne der weiteren, moderneren Auffassung ist die Enteignung eine Entziehung von Privatrechten durch Gesetz oder Verwaltungsakt, ohne das notwendigerweise eine Übertragung stattfindet. Akzeptiert man diese Auffassung, so bereitet die Scheidung der Enteignung von der bloßen Eigentumsbeschränkung neue Schwierigkeiten, da bekanntlich die Beschränkung, indem sie die Ausübung einzelner Eigentumsbefugnisse hindert, in einer Entziehung einzelner in dem Eigentumsinhalt enthaltenen Rechte besteht, deren Wirkung in einer Begünstigung Dritter bestehen mag, was aber nicht notwendig und auch teils nicht der Fall. Der alte Enteignungsbegriff gestattet dagegen eine Trennung von der Beschränkung einfach nach dem Kriterium der Überführung des entzogenen Rechtes[75]).

Eine gesetzliche Begründung obligatorischer Pflichten zur Rechtsübertragung soll nach M. Wolff[76]) schon Enteignung sein. In dieser Allgemeinheit halte ich diese Ansicht für bedenklich, jedenfalls widerspräche sie der passiven Rechtsstellung des Enteigneten und kann aus den angeführten politischen Erwägungen allein nicht durchschlagend sein. Schelcher[77]) hat sie auch genügend widerlegt. Doch ist der Ansicht von Wolff da zuzustimmen, wo ein Zwang auf den Verpflichteten individuell ausgeübt wird, der ihn in eine passive Rechtsstellung drängt und die Verpflichtung wirtschaftlich und praktisch dem Effekt der Enteignung gleichkommt.

Völlig unannehmbar muß aber die allgemeine Definition der Enteignung des Reichsgerichts (in Bd. 116 S. 267 ff.) sein, die schon bloße Beeinträchtigungen des im Eigentum liegenden Herrschaftsbeliebens unter diesen Begriff fallen läßt. Nach dieser Erklärung wäre jede Beschränkung in der Ausübung des Eigentumsrechtes aus polizeilichen Motiven — etwa eine Baubeschränkung, die Verpflichtung zur Duldung von Immissionen aus öffentlich-rechtlichen Betrieben oder Ausfuhrverbote —, weil sie das freie Be-

[75]) Wolff a. a. O. S. 26.
[76]) a. a. O. S. 22.
[77]) a. a. O. S. 155.

lieben beeinträchtigen, eine Enteignung. Es liegt auf der Hand, daß diese Formulierung des Reichsgerichts viel zu weit geht[78]).

Das vom Reichsgericht angezogene Moment der Begünstigung Dritter kann auch nicht entscheidend sein. Es ist vielfach typisch für den Inhalt einer Eigentumsbeschränkung, daß sie einen Dritten begünstigt, indem sie ihm rechtliche oder sogar wirtschaftliche Vorteile gewährt, oder nur Gemeingebrauchsbefugnisse gibt. Dies beruht darauf, weil alle Eigentumsbeschränkungen letzten Endes aus einem öffentlichen Interesse ergehen. Das Merkmal der Begünstigung unterscheidet damit die Enteignung, die nach Art. 153 RV. nur „zum Wohle der Allgemeinheit" erfolgen darf, von der Beschränkung nicht. Oder sollte das Reichsgericht etwa nur die Fälle gemeint haben, wo dieser Vorteil ein Recht auf Seiten der Verwaltung bilden sollte? Dies wäre eine Wendung, die der O. Mayer'schen Unterscheidung wieder einige Berechtigung geben würde. Allerdings wäre auch dieser Ansicht der Vorwurf einer willkürlichen Trennung nicht zu ersparen, weil eine ausreichende Begründung nicht einzusehen ist, denn ob der Begünstigte die Verwaltung oder ein Privatmann ist, muß hierfür gleich sein, und selbst das ist nicht immer einwandfrei zu entscheiden.

Das Maß des Eingriffs ist aber ein für die Abgrenzung des neueren Enteignungsbegriffs ungeeignetes Mittel. Allgemein anerkannt ist, daß nicht nur die völlige Entziehung, sondern auch Belastungen und Beschränkungen des Eigentums schon in der Form der Enteignung möglich sind, so insbesondere positiv nach dem Preußischen Enteignungsgesetz für Grundstücke von 1874, § 1 (anders das französische Recht). Die Stärke des Eingriffs, gemessen nach seiner wirtschaftlichen Schwere, würde aber unsere Entscheidung mehr willkürlichen Erwägungen ausliefern und einer mehr gefühlsmäßigen Entscheidung Raum lassen, als scharfe juristische Merkmale heranziehen. Beschränkungen des Eigentums sind für den Armen viel einschneidender als für den Reichen, sollten sie im ersten Falle Enteignungen sein und im zweiten nicht? Die Beschränkung einer nur selten ausgeübten Befugnis aus dem Eigentum wird wenig wirtschaftlich fühlbar sein, sollte sie dann Enteignung sein, wenn sie gerade zufällig einen Sonderling trifft, der an ihrer Ausübung ein besonderes Interesse hat und sonst nicht? Welche Belastung würde es auch für den Richter bedeuten, jedesmal erst nachprüfen zu müssen, ob ein genügend wirtschaftlich schwerwiegender Eingriff vorliegt und welch unbestimmter Umfang seines Ermessens wird dadurch geschaffen! Diese kurzen Einwendungen mögen ausreichen, um zu zeigen, daß das Maß des Eingriffs nicht geeignet ist, die gewünschte Abgrenzung zu erzielen. Dasselbe gilt für das Moment der „Aus-

[78]) Dagegen sie billigend: Meyer im Preuß. Verw.-Bl. 49 S. 133: „Abnötigung von Rechten oder ihre Beschränkung ist aber eine Enteignung".

höhlung“ des Eigentums mit der Bedeutung, daß eine Enteignung dann vorliegen soll, wenn der Eigentumsinhalt derart von Rechten leer geworden (ausgehöhlt) ist, daß man von einem „Eigentum“ zu sprechen nicht mehr berechtigt sei. Häufig wird zwar in diesen Fällen aus anderen Gründen eine Enteignung vorliegen. In Hinblick auf Art. 153 RV., der in einschneidendem Maße eine „Entleerung“ des Eigentumsinhaltes durch Gesetz erlaubt, die keine Enteignung ist, erscheint ebenfalls die Scheidung nach vorstehenden Momenten nicht gerechtfertigt.

Eine Trennung zwischen Enteignung und öffentlich-rechtlicher Beschränkung ist aber dann gänzlich unmöglich, wenn man die reichsgerichtliche Formulierung akzeptieren würde, weil sich alle Unterschiede zwischen beiden Begriffen verwischen würden und grundsätzlich eine gleiche Behandlung vorgenommen wird. Demgegenüber ist es an der Zeit, die Entwicklung des Enteignungsbegriffes abzuschließen und wieder zu einer Festigung des Begriffs zu gelangen. Die durch diese Unsicherheit für die Rechtsprechung entstehende Gefahr wird um so größer, wenn die Gerichte praktisch noch dazu das Prüfungsrecht der Übereinstimmung der Gesetze mit der Verfassung für sich in Anspruch nehmen und etwa nun Landesgesetze für völlig ungültig erklären, weil sie für eine Enteignung eine Entschädigung nicht vorsehen[79]).

Der Versuch einer erneuten Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Eigentums von der Enteignung — unter Ablehnung der reichsgerichtlichen Formulierung — soll im Folgenden unternommen werden.

Das Wesen der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung glaubte man früher in einer allgemeinen Schwäche erkannt zu haben, mit der das Eigentum „von Haus aus belastet ist[80])“. Dies Merkmal ist aber zu unbestimmt und nach Holstein auch unzutreffend, als daß es uns zu einer einwandfreien Unterscheidung verhelfen könne. Noch W. Jellinek[81]) glaubt den Schlüssel zur Unterscheidung in einer allgemeinen Schwäche des Eigentums gegenüber dem Gesetze gefunden zu haben, die auf Geschichte, allgemeiner Anschauung, Sprachgebrauch und Andeutung des Gesetzes beruhe, derart, daß nicht alle Eingriffe des Gesetzgebers als Enteignung empfunden werden.

Wäre die Auffassung begründet, alles das, was schon vor der Reichsverfassung als eine bloße Beschränkung des Eigentums betrachtet wurde, weiter als solche anzusehen, im übrigen aber auf spätere Normen eine neuere Unterscheidung zwischen Enteignung und Beschränkung anzuwenden? Das würde auf eine Aufstellung zweier unterschiedlicher Enteignungsbegriffe hinauslaufen, die nicht berechtigt erscheint. Diese Unterscheidung ist

[79]) RG. Bd. 103 S. 202; Bd. 104 S. 138; Bd. 109 S. 323; Bd. 112 S. 71.
[80]) So O. Mayer a. a. O. Bd. II S. 221; Schelcher a. a. O. S. 162.
[81]) a. a. O. S. 398.

ebenso abzulehnen, wie die Meinung, den Enteignungsbegriff in Art. 153 RV. genau so auszulegen wie seine Vorbilder. Es kann die Richtigkeit nicht anerkannt werden, zwischen der rechtlichen Struktur früherer und neuerer Normen einen Unterschied zu machen und einem neueren in der Wandlung des Enteignungsbegriffes liegenden Auffassungswechsel einen Einfluß auf ältere Rechtsnormen zu versagen. Diese Frage ist unabhängig von der vom Reichsgericht wiederholt bejahten rückwirkenden Kraft[82]) der Sätze des Art. 153. Allerdings wird das Reichsgericht, wenn es Art. 153 rückwirkend anwendet, zunächst zu prüfen haben, ob der Enteignungsbegriff der neueren Zeit auch auf die vor Erlaß der Weimarer Verfassung ergangenen Gesetze anzuwenden ist. Diese Frage möchte ich voll bejahen.

Auf einen anderen Unterschied, der allerdings, wie er selbst zugibt, nicht immer zutreffend ist, macht O. Mayer[83]) aufmerksam, der die Behandlung des durch den staatlichen Eingriff entstandenen Zustandes betrachtet; während nämlich die Enteignung in der Regel Eigentum schaffe, das nach privatrechtlichen Rechtssätzen zu behandeln ist, sei der durch die öffentlich-rechtliche Beschränkung geschaffene Zustand gerade öffentlich-rechtlicher Natur.

In der neueren Zeit hat man es aus der Erkenntnis heraus, daß der Beschränkung des Eigentums wesentlich sei, daß sie alles Eigentum gleichermaßen erfaßt, auf die Natur der Allgemeinheit des Eingriffes abgestellt, insofern dadurch eine unbestimmte und unbestimmbare Mehrheit von Eigentum erfaßt wird[84]). Wir wollen uns diesem Bestreben anschließen, weil es am besten dem Wesen der Beschränkung gerecht wird. Es kann uns aber nicht die einfache Formel genügen, die besagt: Bei allgemeinem Eingriff liegt Beschränkung, bei Einzeleingriff Enteignung vor. Das ist zu rudimentär gesprochen.

Die Möglichkeiten des Eigentumseingriffes bedürfen einer Einzeluntersuchung, und wir wollen zunächst zwei Kategorien fassen: 1. die Eingriffe in das Eigentum direkt durch Gesetz, 2. die Eingriffe in das Eigentum durch einen Akt der Verwaltung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung. Danach können wir vier Fälle unterscheiden: Enteignung durch Gesetz, Beschränkung durch Gesetz; Enteignung durch Verwaltungsakt und Beschränkung durch Verwaltungsakt.

Die Enteignung ist in ihrem Wesen und in ihrer Wirkung immer ein Einzeleingriff, sie mag auch gegen eine noch so große Zahl von Eigentumsrechten gerichtet sein, immer werden nur

[82]) Vgl. die Ansicht Thoma's, Grundrechte und Polizeigewalt S. 197, der die Rückwirkung insofern erweitert, als er sagt, daß Reichsgesetze vor Erlaß der Reichsverfassung die Entschädigung und den Rechtsweg nach Art. 153, II, 3 nicht versagen dürfen.

[83]) a. a. O. S. 205 (2. Aufl.).

[84]) So jetzt auch Anschütz a. a. O. (10. Aufl.) S. 613 f.

bestimmte einzelne Personen- oder Eigentumsgruppen davon ergriffen. So bleibt stets ihr Individualcharakter — im Gegensatz zum Generaleingriff — gewahrt. Für die öffentlich-rechtliche Beschränkung ist typisch und nach Art 153 Abs. 1 S. 2 RV. erforderlich[85]), und daher nach meiner Ansicht auch begriffswesentlich, ein Eingriff, der allgemein das Eigentum erfaßt oder allgemeine Vorschriften, denen das Eigentum unterliegt oder an größeren Kategorien von Gegenständen dem Eigentum einen bestimmten Inhalt gibt, kurz negativ gesprochen, eine Rechtsnorm, der die Natur des Einzeleingriffs fehlt.

Auszuscheiden sind für unsere Untersuchung zunächst die Beschränkungen des Eigentums aus rein polizeilichen Motiven, die sich im Rahmen nur geringer Rechtsentziehung halten und deren eigentlicher Sinn nicht darin besteht, Rechte zu beschränken oder zu entziehen, sondern die eine Rechtsnormierung, eine Feststellung des Umfangs und Inhaltes des Eigentumsrechtes (mittels deklaratorischen Verwaltungsaktes) darstellen. Diese sind immer nur öffentlich-rechtliche Beschränkungen oder nach Holstein allgemeine Verwaltungspflichtigkeiten[86]). Ferner gehören hierhin all die Tatbestände des öffentlichen Nachbarrechtes, sofern ihnen lediglich ein Duldenmüssen beiliegt[87]).

Als erstes werden wir davon ausgehen können, daß wir festhalten, Eigentumsrechtsentziehungen unmittelbar durch Gesetz stellen sich stets dann als Enteignungen dar, wenn sie feststellbar den Charakter eines Einzeleingriffs oder eine Überführung des entzogenen Rechtes zum Inhalte haben. Entspricht aber das Gesetz den Anforderungen einer generellen Norm, und fehlt es an dem Merkmal der Überführung, so haben wir eine Beschränkung des Eigentums vor uns. Bei Vorliegen des Überführungsmerkmals halte ich trotz Allgemeinheit des Gesetzeseingriffes an dem Enteignungscharakter fest, weil die Generalität des Gesetzes allein die Annahme einer Beschränkung nicht rechtfertigt und derartige, das typische Begriffsmerkmal der früheren Enteignung zeigende Eingriffe, nicht als Beschränkungen nun aufgefaßt werden können. Was früher Enteignung war, muß zumindesten heute Enteignung bleiben. Die unmittelbare allumfassende Eingriffsweise durch das Gesetz kann eine entgegengesetzte Änderungen nicht herbeiführen. Würde man dieser Ansicht nicht sein, so könnte der Gesetzgeber entschädigungslos, unter Berufung auf die zulässige Beschränkung des Eigentums, in großem Umfange Eigentum entziehen und an andere übertragen. Eigentumsbeschränkende Normen gestatten nur eine Regelung des Eigentuminhaltes, enteignende Normen gehen aber über eine Inhaltsbestimmung hinaus, indem sie schon eine Folge der Entziehung festsetzen.

[85]) Darüber unten S. 69 ff. der Arbeit.
[86]) a. a. O. S. 98.
[87]) Layer a. a. O. S. 46 ff.

Schiebt sich aber zwischen einer allgemeinen Norm ein Verwaltungsakt ein, der die Entziehung auf Grund der allgemeinen Bestimmung enthält, so läßt uns das Kriterium der Allgemeinheit bald im Stich. Ein Verwaltungsakt steht immer im Banne der Spezialität, weil er stets nur einen Fall oder einzelne Fälle betrifft, auch wenn er eventuell gegen eine Mehrheit gerichtet ist. Generelle Verwaltungsakte sind nur unter besonderen Umständen denkbar, so z. B. wenn die Zentralbehörde auf Grund einer weitgefaßten gesetzlichen Ermächtigung einen Akt vornimmt, der für umfassende Kreise verbindlich ist. Der generelle Verwaltungsakt ist aber so äußerst selten, als daß danach eine Scheidung zwischen Beschränkung und Enteignung vorgenommen werden könnte. Es besteht hier die Konkurenz zwischen der Generalnorm auf der einen und dem individuellen Verwaltungsakt auf der anderen Seite, von denen jede für das andere Institut spricht. Alle hierhin fallenden Tatbestände deshalb für Enteignungen zu erklären, weil ein Verwaltungsakt die Generalnorm anwendet, wäre unrichtig.

Andererseits könnte man die Entscheidung unseres Problems wieder nach dem Charakter der Gesetzesnorm vornehmen und bei Generalität ohne Rücksicht auf den dazwischentretenden Verwaltungsakt eine öffentlich-rechtliche Beschränkung annehmen. Aber auch das ist nicht angängig. Im Falle der Durchführung der Generalnorm mittels Einzelaktes erscheint wieder der Individualcharakter des Eingriffes, der zur Enteignung hinweist. Typisch waren ja alle früheren Enteignungsgesetze, Generalnormen, die nur mittels eines individuellen Verwaltungsaktes zur Anwendung kamen. Gerade die auf Grund allgemeiner Gesetze vorgenommene Rechtsanwendung durch einen Akt der Behörde machte den Enteignungsfall aus. Nicht immer gerechtfertigt ist die Umkehrung davon, alle generellen, Eigentumsrechte entziehende Normen deshalb zur Enteignung zu stempeln, weil ein Individualakt sie zur Wirkung bringt. Diese Bedeutung kann der Verwaltungsakt allgemein nicht haben, weil die juristische Gestaltung eines Gesetzes durch die Art der Durchführung seines Inhaltes nicht derart entscheidend beeinflußt werden kann, daß es sich, je nachdem, ob es direkt von sich aus eine Eigentumsentziehung ausspricht oder dies einem Verwaltungsakt überläßt, um eine Beschränkung oder Enteignung handelt. Der Gesetzgeber könnte dadurch jederzeit die für ihn entschädigungspflichtige Enteignung umgehen, daß er im Wege der Generalnorm direkt ohne Verwaltungsakt die Rechtsentziehung vornähme und so nur eine Beschränkung begründe. Diesen Weg würde der Gesetzgeber sicherlich stets vorziehen — wenn es praktisch möglich wäre.

Um dies an einem Beispiel zu erläutern: Die auf Grund des Preußischen Gesetzes gegen die Verunstaltung von Ortschaften usw. zulässige Versagung der Bauerlaubnis bei gröblich verunstaltenden Bauten wäre, wenn das Gesetz allgemein gröblich

verunstaltende Bauten verboten hätte, ohne Zweifel eine Beschränkung des Eigentums öffentlich-rechtlicher Natur. Nun hat es aber dieses Verbot nicht gewählt, sondern, im Anschluß an die preußische Konstruktion der Baukonzession, ein weiteres Versagungsrecht gegeben, d. h. die Beschränkung in der Baufreiheit tritt durch die einen Verwaltungsakt bildende Versagung ein. Sollte dadurch das Gesetz inhaltlich zu einer Enteignung werden, oder sollte nun die einzelne Versagung eine Enteignung sein? Das scheint mir eine widersinnige Konsequenz.

Die Entscheidung unseres Problems liegt in der Entscheidung über den Vorrang zwischen Gesetz und Verwaltungsakt, daß letzterem dabei eine wichtige Rolle zukommt, liegt nach dem Gesagten auf der Hand; übertrieben ist es jedoch, äußerlich allein nach dem Vorliegen eines solchen zu urteilen. Die Fälle, in denen ein Verwaltungsakt zwischen Gesetz und Wirkung sich einschiebt, vertragen keine gleiche Behandlung, der Schlüssel zur Lösung wird in der Stellung liegen, die der Verwaltungsakt einnimmt.

Unser öffentliches Leben ist stark durchdrungen von einem Postulat des demokratischen Staates, dem Gleichheitsprinzip. Bei Belastungen Einzelner zu Gunsten Dritter oder der Allgemeinheit verlangt dieses Prinzip stets einen Ausgleich in Form der Entschädigung.

Und Sinn des Eigentumsschutzes ist es doch, Eingriffe in das Eigentum, die für den Einzelnen ein besonderes Opfer bedeuten, (also Einzeleingriffe) zu verbieten oder doch zu erschweren (Entschädigungspflicht!), sonst aber eine Grenzziehung in der Ausübung des Eigentumsrechtes, die alle in gleicher Weise ergreift, nicht zu verhindern. Diesem Prinzip „des besonderen Opfers" entspricht es, wenn nur für solche Eingriffe in das Eigentum eine Entschädigung gefordert wird. Das Moment des „besonderen Opfers" ist das maßgebende Kriterium für die Enteignung[88]), nur der Verwaltungsakt, der die besondere Rechtsentziehung schafft, enteignet. Danach ist es gerechtfertigt, hier den Unterschied zwischen deklaratorischem und konstitutivem Verwaltungsakt wieder aufzunehmen.

Wir haben also zu unterscheiden Rechtsentziehungen, für die ein Verwaltungsakt von deklaratorischer oder konstitutiver Bedeutung ist. Nimmt ein Gesetz allgemein eine Entziehung vor und hat der es anwendende Akt der Verwaltung nur deklaratorischen Inhalt, so sind die bisher bezeichneten Unterscheidungsmerkmale anwendbar. Hier ist der Verwaltungsakt gleichsam nur noch einmal eine Erinnerung der Behörde gegenüber dem Eigentümer an das Bestehen der Gesetzesnorm, die schon allgemein eine

[88]) Vgl. Furler, Verwaltungs-Arch. Bd. 33 S. 400: Der Enteignungsbegriff baut sich auf dem Gedanken des „besonderen Opfers" auf. A. A. Soelling, Jur. Rdschau. 1928 S. 41, wenn er sich dagegen wendet, in den Art. 153 RV. einen subjektiven Maßstab hineinzutragen.

Wirkung für das Eigentum ausspricht oder einen generellen das Eigentum beschränkenden Inhalt hat. Die Generalität des Gesetzes, die für die öffentlich-rechtliche Beschränkung entscheidet, verliert diesen Typus durch den Verwaltungsakt nicht.

Ist aber der Verwaltungsakt für die Rechtsentziehung von konstitutiver Bedeutung, das soll sagen: Wird die im Gesetz enthaltene Rechtsentziehung im konkreten Fall erst durch den Ausspruch der Behörde wirksam, verdankt also die Entziehung erst dem Verwaltungsakt ihre Entstehung, so liegt eine Enteignung vor. Nur in diesem Falle bedeutet die Entziehung für den Betroffenen ein „besonderes Opfer", während im ersteren Fall sie tatsächlich schon mit Erlaß des generellen Gesetzes allgemein bestand und nur durch den Verwaltungsakt genauer fixiert wurde.

Man wende nun nicht ein, der Gesetzgeber könne wieder den Tatbestand der Enteignung umgehen, dadurch, daß er den konstitutiven Verwaltungsakt meide. Dieser Einwand mag allein schon dadurch entkräftet werden, daß dann ja auch dem Eingriff der Charakter des „besonderen Opfers" verloren geht und die generelle Norm nun alle gleich trifft, eine Maßnahme, die bekanntlicherweise von nicht so starker gefühlsmäßiger Wirkung ist. Meist kann aber das Gesetz auf den konstitutiven Akt gar nicht verzichten, weil es ihn zu einer praktisch brauchbaren singulären Durchführung seines Inhaltes unbedingt bedarf, und diese Fälle dann als Enteignung zu normieren, erscheint gerechtfertigt.

Eine weitere Verwicklung wird in unser Gebiet getragen, wenn zwischen Gesetz und Verwaltungsakt noch eine Norm, ein Ortstatut steht. Ortsstatute sind aus kommunaler Rechtsquelle fließende Rechtssätze, sie enthalten objektives Recht, wie es die Regelung kommunaler Angelegenheiten bedarf. Das Ortsstatut übernimmt damit auf Grund eines Gesetzes und intra legem geschaffen, die Rolle des Gesetzes selbst, indem es die kommunalen Verhältnisse besser zu berücksichtigen geeignet ist. In der Regel wird das Ortsstatut eine Generalnorm sein, weil es sich grundsätzlich in gleicher Weise mit der Regelung einer Materie befaßt, wenn es auch meist nur einen verhältnismäßig kleinen Kreis von „Opfern" berührt. Die naturgemäße Beschränkung des Ortsstatuts auf eine spezielle Angelegenheit der Kommune, z. B. die Bauordnung für bestimmte Straßen, schließt die Generalität seines Charakters nicht notwendig aus. Die generelle Natur einer Norm wird trotz Beschränkung auf eine einzelne und kleinere Angelegenheit nicht aufgehoben, wenn die Allgemeinheit der unterliegenden Objekte oder Personen gewahrt bleibt. Die Rechtsentziehungen auf Grund eines Ortsstatuts werden aus dem Grunde, sofern nicht singulär ein konstitutiver Verwaltungsakt dazwischen tritt, meist unter die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Eigentums einzureihen sein.

Selbstverständlich besteht durchaus die Möglichkeit eines Ortsstatuts individuellen Inhalts, nicht weil es nur eine einzelne Angelegenheit regelt, sondern nur einzelne Personen und Objekte in geringer Zahl trifft. Das wird auch der Fall sein, wenn das Ortsstatut die Regelung eines einzelnen konkreten Tatbestandes enthält, für den es normalerweise Bedeutung hat. Ortsstatute solchen individuellen Inhaltes stellen dann Enteignungen dar. So sind z. B. als Enteignungen zu normieren die ortsstatutarischen Beschränkungen nach dem Verunstaltungsgesetz, denen Eigentümer und Umlieger eines einzelnen Bauwerkes von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung unterliegen (§ 2 Abs. 1 S. 2 l. c.), wogegen Ortsstatute nach § 2, I S. 1 Verunstaltungsges. Generalnormen sind.

Häufig bietet jedoch bei einem Ortsstatut die Entscheidung, ob Individual- und Generalnorm deswegen besondere Schwierigkeiten, weil der Übergang von der einen zur anderen sich hier naturgemäß in engen Grenzen vollzieht, denn während man in einem Falle wegen der Regelung nur einzelner Fälle eine Individualnorm annehmen würde, ist man eventuell schon in einem zweiten Falle bei einer etwas größeren Zahl der betroffenen Gegenstände geneigt, eine Generalnorm anzunehmen. Eine genaue Abgrenzung soll jedoch erst weiter unten vorgenommen werden, hier war nur auf die Besonderheit der Beengtheit hinzuweisen.

Im ganzen muß anerkannt werden, daß auch die Grenze zwischen Enteignung und bloßer Beschränkung des Eigentums in praxi nicht immer leicht zu ziehen und flüssig ist[89]). Es liegt dies nicht allein in der Relativität des Begriffs: Allgemeinheit und der daraus wachsenden Schwierigkeit der Trennung zwischen Individual- und Generalnorm, sondern auch in der immer noch innerlich nicht überwundenen früheren Ansicht über den Enteignungsbegriff. Vor allem gilt es häufig zu kämpfen gegen eine gefühlsmäßige Neigung, die in Fällen von wirtschaftlich einschneidenden Rechtsentziehungen dem Betroffenen eine Entschädigung zubilligen und dann eine allgemeine Beschränkung nicht mehr als eine „bloße Schwäche“ des Eigentums gelten lassen will.

Bei der überaus großen Bedeutung, die die Begriffe: General- und Individualnorm für die das Eigentum berührende Gesetzgebung haben, ist eine sichere Abgrenzung beider unbedingt erwünscht. Die Schwierigkeiten sind aber wegen der Relativität dieser Begriffe nicht gering. Eine einwandfreie Abgrenzung zwischen General- und Individualnorm, die alle Grenzfälle trennen läßt, wird sich kaum finden lassen, dazu beruht die Entscheidung doch zu sehr auf subjektiven Momenten bei dem Entscheidenden.

[89]) Ebenso Schelcher a. a. O. S. 162; Jellinek a. a. O. S. 398; Furler a. a. O. S. 400.

Es soll jedoch der Versuch unternommen werden, gewisse Kriterien für diese Begriffe aufzustellen, die uns eine Einreihung der bestehenden Gesetzesbestimmungen unter ihre rechtliche Gestaltung ermöglichen.

Grundsätzlich ist zu sagen: Im Wege der Allgemeinheit werden immer eine a priori unbestimmte Mehrheit von Fällen erfaßt, die Regelung ist abstrahiert von dem einzelnen Tatbestand ihrer Anwendung, während eine individuelle Regelung stets nur einen oder einzelne konkrete Tatbestände erfaßt. Eine Generalnorm wird also vorliegen, wo einmal das ganze Eigentumsrecht aller Art betroffen wird, oder wo eine unbestimmte und auch von vornherein unbestimmbare Mehrheit von Eigentumsgütern oder Personen ergriffen wird. Dem steht es gleich, wenn sie ganze Gruppen oder Kategorien von Eigentum oder Eigentümern oder alles Eigentum einer bestimmten Eigenschaft betrifft oder endlich, wenn die Norm den Eingriff in das Eigentum von einem Tatbestand abhängig macht, der in unbestimmter Zahl eintreten kann. Für Individualität des Gesetzes spricht seine Richtung gegen eine einzelne Person oder ein einzelnes Gut, sei es, daß diese Person oder das Gut genau bestimmt ist oder natürlicherweise die Bestimmung sich nur allein dagegen richten kann; eine Individualnorm liegt ferner vor, wenn sie einen konkreten Tatbestand mit Eigentumseingriff von nur einmaligem oder vereinzeltem Vorkommen enthält oder wenn sie ein Gut betrifft, das nur in geringer oder begrenzter Zahl vorhanden ist (Seltenheitsgut), etwa alles im Deutschen Reiche befindliche Radium. Trotz des äußerlichen Charakters eines Gesetzes als Generalnorm handelt es sich in Wahrheit um eine individuelle Bestimmung, wenn die Einkleidung in eine Generalnorm nur zur Verschleierung des Einzeleingriffes geschah, indem nur eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Gut davon ergriffen werden kann oder soll[90]). Es kommt also zu unserer Unterscheidung nicht nur auf die begriffliche Allgemeinheit, sondern vor allem auch auf die zahlenmäßige Allgemeinheit des Rechtssatzes im Sinne einer Vielheit der ihm unterliegenden Objekte an.

Nach diesen Darlegungen mag die Abgrenzung für einige besondere Grenzfälle vorgenommen werden. Häufig ergreift ein Gesetz nicht alles Eigentum einer bestimmten Art von Gegenständen, sondern es stellt noch besondere Anforderungen an das Objekt, an dem es wirksam wird, so z. B. können nur Objekte von einer bestimmten Größe, bestimmten Qualität oder dergl. betroffen werden. Dies hebt den Charakter der Generalnorm nicht auf, wenn die Zahl der betroffenen Objekte immer noch eine verhältnismäßig unbestimmte und große ist. Eine Generalnorm wäre so ein Gesetz, das alle Waldgüter von 100 Morgen Umfang, oder

[90]) Vgl. auch Wolff a. a. O. S. 9.

eines bestimmten Waldbestandes beträfe, oder das alle Kunstwerke eines bestimmten Künstlers anginge oder alle Denkmäler eines bestimmten Bezirks oder endlich alles Gebiet um einzelne Orte beschränkt (Festungsrayongesetz). Dagegen würde ich für eine Individualnorm erklären ein Gesetz, das eine Rechtsentziehung für das Eigentum eines umfänglich eng begrenzten Gebietes vornimmt, also ein Gesetz, das eine bestimmte landschaftlich hervorragende Gegend für Naturschutzgebiet erklärt, ebenso eine Vorschrift, die für Grundstücke eines Stadtbezirks ergeht, wenn nur eine kurze Häuserreihe oder ein kleiner Straßenblock davon ergriffen wird, weil hier die Zahl der betroffenen Objekte doch eine allzu geringe und bestimmbare ist. Hier ist namentlich der Übergang von nur einzelnen Objekten zu einer Vielheit schwierig zu trennen, es ist doch möglich, daß trotz umfangreicher Größe des betroffenen Grundstückes nur ein Eigentümer davon ergriffen wird; eine Scheidung hier nach der Anzahl allein vorzunehmen, derart, daß etwa von 5 oder 10 und mehr Objekten an eine Generalnorm vorliege, wäre willkürlich. Helfen kann uns nur die Vorstellung über die begriffliche Unbestimmbarkeit oder Bestimmbarkeit des Umfanges der Objekte, gegen die sich die Norm richtet. Haben wir die Vorstellung, daß sie nur einzelne Objekte betrifft, so ist für das Vorliegen einer Individualnorm zu entscheiden, umgekehrt für den Fall eines nicht auf den ersten Blick fest zu bestimmenden räumlichen und begrifflichen Umfanges, handelt es sich um eine Generalnorm. Normen auch, die wie Ortsstatute für eine Kommune eine ganz umfassende und allgemeine Regelung treffen, sind trotz ihres Zuschnittes auf eine spezielle kommunale oder gerade hier örtlich allein auftretende Angelegenheit, Generalnormen; die begriffliche und zahlenmäßige Allgemeinheit ist im Verhältnis zu der Nähe der Rechtsquelle auch hier gegeben. Desgleichen sind zusätzliche Bestimmungen, die nur eine umfängliche Erweiterung des Gebietes enthalten, wo die Beschränkungen einwirken, als Generalnorm zu fixieren, z. B. wenn für neue Straßen oder für Straßen die Baufluchtlinien ergänzend oder in anderer Weise festgestellt werden.

Neuerdings[91]) ist ein Streit über diese Frage, ob Enteignung oder öffentlich-rechtliche Beschränkung entflammt, bezüglich der Festsetzung der Bau- und Straßenfluchtlinien nach dem Preuß. Gesetz vom 2. Juli 1875. Es handelt sich dabei darum, ob der § 13 l. c., der für eine bloße Beschränkung des Grundstückeigentums, die durch die Festsetzung eintritt, eine Entschädigung ausschließt (durch die Worte: „Entschädigung kann . . . nur in folgenden Fällen gefordert werden") durch Art. 153 RV. überholt ist. Die Festsetzung der Fluchtlinien ist ein Verwaltungsakt, der auf Grund allgemein gesetzlicher Ermächtigung zulässig ist, für den

[91]) Vgl. Schlichting, Jur. Woch. 1928 S. 2426; Jur. Woch. 29 S. 1547 und Hamelbeck, Jur. Woch. 29 S. 714.

Eintritt der Beschränkung ist der Festsetzungsakt von konstitutiver Bedeutung. Die gewünschte Entscheidung richtet sich nun noch allein danach, ob der Verwaltungsakt ein genereller oder individueller ist.

Schlichting[92]) behauptet in Anlehnung an die Entscheidung des Reichsgerichts in dem Hamburger Denkmalfall, daß die Beschränkungen nach den §§ 1, 11 des Preuß. Baufluchtliniengesetzes Enteignungen seien, die eintreten mit der Offenlegung des Festsetzungsplanes (§§ 8, 11 l. c.). Dagegen handelt es sich nach Hamelbeck[93]) bei den Beschränkungen des Grundeigentums ohne Entziehung nach Landesgesetzen gewöhnlich um Bestimmungen des Eigentumsinhaltes, so auch bei dem Preuß. Baufluchtliniengesetz. Der Ansicht Hamelbecks dürfte im wesentlichen zuzustimmen sein, auch seine Unterscheidung zwischen Beschränkung durch Verwaltungsakt oder formelles Gesetz und Beschränkung durch materielles Gesetz läuft im großen und ganzen auf unsere Unterscheidung zwischen Individual- und Generalnorm hinaus. Im Gegensatz dazu steht Schlichting allzusehr im Banne der letzten reichsgerichtlichen Formulierung des Enteignungsbegriffes und will eine Beschränkung des Eigentums nur anerkennen, wenn die Eigentumsrechte aller Eigentümer beschränkt würden.

Wir haben letztere Forderung nicht gestellt, sondern schon eine Rechtsentziehung einzelner Klassen von Eigentum als Beschränkung bezeichnet, weil schon allein das Eigentumsrecht an den verschiedenen Gegenständen nicht den gleichen Inhalt haben kann. Zwischen dem Fall des Hamburger Denkmalschutzgesetzes und den Beschränkungen nach dem Preußischen Baufluchtliniengesetz besteht aber auch ein Unterschied, den Schlichting nicht beachtet. In der Tat tritt nämlich, wie schon oben dargelegt wurde, die Rechtsentziehung im ersteren Falle nur in einzelnen Spezialfällen und nur dann ein, wenn ein einzelner Verwaltungsakt sie durch Eintragung in eine Denkmalliste begründet, die Beschränkung kann sich dann also nur für eine sehr beschränkte Zahl von Grundstücken auswirken, sie ist aber, weil andere Grundstücke nicht auch und grundsätzlich nicht alle Grundstücke in der Nähe von Denkmälern ihr unterworfen sind, ein besonderes Opfer für den Betroffenen. Die Beschränkungen nach dem Preuß. Fluchtliniengesetz sind einmal baupolizeilicher Natur, das spricht schon stets für eine bloße Beschränkung, die Festsetzung des Fluchtlinienplanes ist aber ein genereller Verwaltungsakt, weil eine unbestimmte Mehrheit von Grundstücken davon betroffen werden kann. Das gilt auch dann, wenn für einen Straßenzug nur ein oder einzelne Grundstücke erfaßt werden. Die Generalität liegt in der begrifflichen Allgemeinheit des Aktes, der so gehalten ist, daß er ohne Rücksicht auf die tatsächlichen einzelnen Grund-

[92]) a. a. O.
[93]) a. a. O.

stücke erfolgt. Auch die nachträgliche Festsetzung für eine einzelne Straße schafft keine Neuerung, weil sie nur als eine zusätzliche, räumliche Erweiterung einer allgemeinen Beschränkung aufzufassen ist. Als Krönung unserer Ansicht mag schließlich noch darauf verwiesen werden, daß sich hier tatsächlich durch die jahrzehntelange Praxis eine Schwäche des Eigentums herausgebildet hat, die nur als Beschränkung und nicht als Enteignung gefühlt wird. Im übrigen enthält das Gesetz vom 5. Juli 1875 für einige besondere Fälle (§ 13 l. c.), die Enteignungen sind, auch einen Entschädigungsanspruch.

Die gleiche Frage wird akut bei dem vielfach besprochenen Streit der Stadt Berlin mit einigen Kirchengemeinden um die sogenannte Freiflächenausweisung der Friedhöfe[94]), die sich ebenfalls auf das Baufluchtliniengesetz in der Fassung des Wohnungsgesetzes von 1918 gründet. Durch die Feststellung der Friedhöfe (Gartenanlagen) in dem Verfahren des Baufluchtliniengesetzes wird dem Eigentum an diesen Objekten gemäß § 11 l. c. Beschränkungen auferlegt, dergestalt, daß Neu-, Um- und Ausbauten versagt werden können. Die Feststellung als Freifläche, eben die Freiflächenausweisung, kann geschehen im Rahmen einer allgemeinen Fluchtlinienfestsetzung, als auch durch einen singulären behördlichen Akt. Sie ist als Enteignung anzusprechen, auch wenn sie in der Form der Baufluchtlinienfestsetzung erfolgt. Sie wendet sich auch dann stets nur gegen ein einzelnes Eigentum und geht für dieses über die Fluchtlinienfestlegung hinaus, indem sie für es spezielle Beschränkungen begründet, ist also ein individueller Verwaltungsakt diesem gegenüber und begründet einen Entschädigungsanspruch.

Nun gibt es noch eine Reihe von generellen gesetzlichen Tatbeständen, die eine Eigentumsrechtsentziehung zum Inhalte haben und bei denen es gerade die Absicht des Gesetzgebers war, auf seiten eines Begünstigten ein dem entzogenen Recht entsprechendes entstehen zu lassen. Tatbestände also, die das Merkmal der Überführung deutlich zeigen und damit Enteignungen sein würden. Darunter fielen einige, namentlich von O. Mayer aufgezählte Fälle der öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeiten. Sie sind aber trotz ihrer Ähnlichkeit nicht als Enteignungen anzusprechen. Die Rechtsbegründung hier auf Seiten der Verwaltung ist keine wahre Überführung von Rechten, sie ist nur die Begründung eines Rechtes, die ein anderes auf Seiten des Belasteten ihr widerstrebendes Recht zurückdrängt, eine Inanspruchnahme der Verwaltung für ihre Zwecke, also nur eine Hineinbeziehung in ihren

[94]) Vgl. H. Holstein in DJZ. 1929 Sp. 1203 und Ries, ebenda Sp. 1407. Die dort von Holstein vertretene Ansicht, daß die Freiflächenanweisung der Friedhöfe als Enteignungen gegen die Garantie in Art. 138 RV. verstößt — der ich mich gegen die herrschende Meinung ebenfalls anschließe — muß hier unerörtert bleiben.

Machtbereich[95]). Wir werden sie deshalb mit Recht zu den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen zählen können. Es sind dies die Einschränkungen des Eigentums nach dem Festungsrayongesetz, dem Telegraphenwegegesetz u. a. m.

Dominierender Gedanke[96]) bei der Enteignung ist die Benutzung des enteigneten Rechts für öffentliche Zwecke. Eine Enteignung ist deshalb nicht gegen bestimmte Personen gerichtet, sondern gegen bestimmte Rechte, wegen der bei ihnen besonders vorliegenden Eigenschaften, die sie für den öffentlichen Zweck geeignet machen[97]). In dieser für die Enteignung festgelegten Richtung unterscheidet sie sich auch von den anderen ähnlichen staatlichen Eingriffen in das Eigentum: Einziehung oder Konfiskation. Bei letzterem geht das gesetzgeberische Ziel nicht auf den Erwerb des Rechtes, sondern darauf, daß die bestimmte Person es verliert[98]). Die Einziehung polizeilicher oder strafrechtlicher Art ist zwar auch gegen eine bestimmte Sache gerichtet, aber nicht, um sie für öffentliche Zwecke zu gebrauchen, sondern weil ein öffentliches Interesse besteht, daß sie dem Besitzer entzogen wird. Dies entspricht dem Charakter der Strafe, die die Einziehung sein soll und in deren Gebiet wir sie im heutigen Recht noch vornehmlich finden.

Die öffentlich-rechtliche Beschränkung zeigt ihre Unterschiede von dem noch sehr umstrittenen Begriff des öffentlichen Eigentums darin, daß letzteres selbst das öffentliche Unternehmen darstellt, im Eigentum des öffentlichen Gemeinwesens steht und gerade für den Dienst der Allgemeinheit bestimmt ist. Seine Begründung erfolgt nicht notwendig durch Gesetz oder Verwaltungsakt, sondern auch durch Vertrag (Widmung).

2.

Hiernach soll uns die Auslegung des Art. 153 RV. und seine Bindungen für den Gesetzgeber auf dem Gebiete der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen beschäftigen.

Dieser Artikel steht unter den Grundrechten und Grundpflichten der Deutschen, denen über ihren Wert für die bestehende Rechtsordnung eine unterschiedliche Beurteilung zukommt[99]). Es darf mit der herrschenden Ansicht angenommen werden, daß Art. 153, wenigstens in seinen beiden ersten Absätzen, nicht nur bloßer Rechtsgrundsatz, also Anweisung an den Gesetzgeber, sondern geltender Rechtssatz, positives anwendbares Recht ist. Infolgedessen ist auch Art. 153 für Bestand und Inhalt des Eigen-

[95]) Vgl. Fleiner, Institutionen S. 334.
[96]) M. Wolff a. a. O. S. 13 und S. 22 nur Voraussetzung.
[97]) Vgl. Krückmann a. a. O. S. 3.
[98]) M. Wolff a. a. O. S. 26.
[99]) Anschütz, Komm. S. 299 ff. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, S. 8 ff.

tums von weitgehender Wichtigkeit, kann er doch wegen der Priorität des Reichs- gegenüber dem Landesrecht nicht unbedeutende Abänderungen für das geltende Recht bewirken.

Man hat geglaubt, mit dem Art. 153 RV. ein kräftiges und wirksames Bollwerk gegen Angriffe in das Eigentum zu schaffen, die in der Nachkriegszeit von sozialistischer Seite namentlich drohten. Diese etwas eudämonistische Auffassung kann aber bei eingehender Prüfung nicht standhalten und ist geneigt, eher einer etwas pessimistischen Ansicht Platz zu machen. Denn die Neuerungen, welche einen tatsächlichen sicheren Schutz des Eigentums bewirken, sind nur gering. In allem wird die Auslegung des Art. 153, wie man sie führen mag, zu einem wirklich befriedigenden Ergebnis kaum gelangen, dazu erscheint doch dieser Artikel als ein zu getreues Abbild der Schwankungen und Wirrnisse der Periode seiner Schöpfung.

Bei der Auslegung des Art. 153 RV. ist grundsätzlich von der Ansicht auszugehen, die seinen Sätzen einen „verständigen Sinn" und einen wirksamen Rechtsinhalt beilegt.

Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Diese Gewährleistung hat einen doppelten Inhalt. Sie bedeutet eine Garantie des Eigentums als Rechtsinstitut[100]) und des privaten Individualeigentums[101]). Die Garantie erstreckt sich nicht auf das Vermögen an sich, wohl ist mit der überwiegenden Ansicht unter Eigentum nach der Reichsverfassung nicht der Begriff im Sinne des Bürgerlichen Rechtes[102]), als das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache zu verstehen, sondern jedes private subjektive Vermögensrecht. Die Summe dieser Vermögensrechte wird wohl den erheblichsten Teil des gesamten Vermögenskomplexes ausmachen, kann aber einen völligen Schutz dieses nicht erreichen.

Die Rechtsinstitutsgarantie des Eigentums verbietet eine Abschaffung des Eigentums als solches, als Einrichtung unserer Rechtsordnung. Diese Garantie muß sowohl gegenüber der Gesetzgebung, gleich, ob Reichs- oder Landesgesetzgebung, als auch gegenüber Akten der Verwaltung bestehen[103]), da sonst diese Garantie keinen Sinn haben würde und die Form des Eingriffes in das Eigentum für den Verfassungsschutz nicht von Bedeutung sein kann[104]).

[100]) Zweifelnd C. Schmitt. Verfassungslehre S. 171/72; Art. 153 läßt es zweifelhaft erscheinen, ob eine grundrechtliche Anerkennung oder nur eine institutionelle Garantie gemeint ist.

[101]) Zustimmend Wolff a. a. O S. 5; Schelcher a. a. O. S. 144; anders Giese, Komm. S. 392.

[102]) Vgl. oben S. 42.

[103]) Ebenso Wolff a. a. O. S. 6; anders Giese, Komm. S. 392; anders auch wegen Art. 153 Abs. 1 S. 2 Anschütz a. a. O. S. 397.

[104]) RG. Bd. 111 S. 325.

Die Garantie des Eigentums als Rechtsinstitut in Art. 153 ist keine absolute, sie hat nicht die Wirkung, daß an dem bisherigen Inhalte des Eigentums nichts geändert werden dürfe, garantiert also insbesondere nicht den status quo vom 11. August 1919 oder gar eine völlige Unverletzlichkeit des Eigentums im Sinne einer unbedingten Freiheit von Beschränkungen. Diese Einschränkung folgt aus Satz 2: Sein Inhalt und Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

Wenn dieser Satz nicht mehr sagen will, als daß Eingriffe in das Eigentum nur soweit gestattet sind, als ein Gesetz sie erlaubt, so war er überflüssig[105]), denn das ist schon anerkanntes Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Er enthält aber mehr (darüber weiter unten).

Unter Gesetz in diesem Sinne sind sowohl formelle Gesetze als auch gesetzlich ermächtigte Rechtsverordnungen[106]) zu verstehen, und zwar nicht nur die z. Zt. des Erlasses der Verfassung bestehenden, sondern auch alle zukünftigen. Nach einer verbreiteten Auffassung soll Gesetz hier jede Rechtsnorm, also auch Gewohnheitsrecht bedeuten[107]). Das ist aber abzulehnen, weil sich dagegen einige Bedenken geltend machen lassen. Einmal käme man dann zu einer derogatorischen Kraft des Gewohnheitsrechtes gegenüber dem Grundrechte. Dann aber auch widersprechen Eingriffe in das Eigentum auf Grund Gewohnheitsrechtes dem Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung. Es besteht weiter die Gefahr, zu einer Anerkennung von gesetzlosen Einschränkungen des Eigentums, die höchstens auf altem Brauch beruhen, aber in Wahrheit kein Gewohnheitsrecht sind, zu gelangen.

Der Art. 153 verschließt also keine Entwicklung des Eigentumsbegriffs, er duldet eine jederzeitige gesetzgeberische Tätigkeit, soweit sie sich mit einer Gestaltung des Inhalts und der Schranken des Eigentums befaßt. Zulässig sind somit Gesetze, die dem Eigentum einen bestimmten Inhalt geben oder diesen einengen oder einzelne aus dem Eigentumsrecht fließende Befugnisse entziehen oder gar eine Schranke in seiner Ausübung setzen. Über das Maß und die Tiefe des Eingriffs bestimmt Art. 153 Abs. 1 nichts, dies kann nur durch Auslegung und mittels Abs. 2 gewonnen werden. Stets muß jedoch ein Etwas übrig bleiben, was den Namen „Eigentum" noch verdient[108]). Ebenfalls gestattet die Verfassung Gesetze nicht, die dem Rechtsinstitut „Eigentum" eine Schranke zeitlicher oder räumlicher Art setzen[109]).

[105]) Thoma, Grundrechte usw. S. 196: „leerlaufend".

[106]) Vgl. RG. Bd. 102 S. 165; Bd. 107 S. 375 für Art. 153, II, 2.

[107]) Anschütz a. a. O. S. 397; Schelcher a. a. O. S. 145; dagegen Holstein a. a. O. S. 87; Fleiner, Institutionen S. 85.

[108]) Wolff a. a. O. S. 6.

[109]) Wolff a. a. O. S. 7.

Der „Inhalt" des Eigentums sind die Rechte und Befugnisse, die es gewährt. „Schranken" müssen dann die Grenzen sein, die der Ausübung dieser Rechte von irgendeiner Macht gesetzt sind. Allerdings erscheint die Koexistenz des Ausdrucks „Schranken" neben dem Inhalt überflüssig[110]). Es widerspricht diese Scheidung dem Wesen des Eigentumsrechtes überhaupt, dessen Inhalt durch die in ihm liegenden Befugnisse bestimmt ist und das nicht als etwas grundsätzlich Unbeschränktes besteht, demgegenüber „Schranken" sich als etwas ausnahmsweises, prinzipwidriges darstellen würde[111]). Hat das Eigentum Schranken, so ist sein Inhalt eben um ein Entsprechendes verringert. Ist es richtig, daß Schranken des Eigentums gegenüber der öffentlichen Gewalt zum immanenten Inhalt des Eigentums gehören, so ist es nicht wert, zwischen Inhalt und Schranken zu unterscheiden.

Die Garantie des Eigentums in der Reichsverfassung ist also, soweit es seine Anerkennung als Rechtsinstitut angeht — um die Unterscheidung Thomas' zu gebrauchen —, verfassungskräftig, im übrigen, d. h. soweit es die Regelung des Eigentumsinhaltes anbetrifft, nur reichs- oder landesgesetzeskräftig. Damit ist dann allerdings diese Garantie eigentlich nichtssagend für unsere Rechtsordnung. Eine Gefahr, das Eigentum überhaupt als Einrichtung unseres Rechtslebens abzuschaffen, besteht heute noch keineswegs, auch die radikalsten kommunistischen Bestrebungen gehen nur auf Abschaffung des Privateigentums und dessen Überführung in Allgemeineigentum. Gegen letzteres Bestreben scheint auch der Art. 153 keinen genügenden Schutz zu geben, außerdem gestattet er dem Gesetzgeber unter Berufung auf eine Regelung des Inhaltes (Art. 153 Abs. 1 S. 2 RV.) in weitem Maße Eingriffe in das Eigentum, die allerdings — das wird noch weiter unten zu behandeln sein — sich auch wirklich als eine Regelung des Eigentumsinhaltes als Rechtsinstitut darstellen müssen, sollten sie nicht gegen die zweite in Art. 153 enthaltene Eigentumsgarantie verstoßen.

Von ungleich wichtiger Bedeutung ist diese Garantie, die den Schutz des privaten Einzeleigentums ausspricht, indem sie dem Bürger die Erhaltung seines einzelnen Eigentumsgegenstandes zusichert. Diese Absicht verfolgten insbesondere die älteren Formulierungen von der Unverletzlichkeit des Eigentums, die gesetzlose und willkürliche Eingriffe in das Privateigentum verboten, aber nur gegen Akte der Verwaltung gerichtet waren. Eine Handhabung gegen den Gesetzgeber glaubte man damals nicht nötig zu haben, weil die Ausübung der Gesetzgebung keine Gefahr einer ungerechten Behandlung zu bringen und diese evtl. schon durch eine Teilnahme des Volkes an der Gesetzgebung gebannt schien.

[110]) Anderer Ansicht Schelcher a. a. O. S. 147; Anschütz a. a. O. S. 397.

[111]) Vgl. auch Wolff. S. 7: „Der Ausdruck Eigentumsschranken ist nichts als eine verbreitete Erinnerung an überwundene individualistische Auffassungen von der Freiheit des Eigentums". Ihn mißverstehend Schelcher a. a. O. S. 146.

Dies ist in der Nachkriegszeit anders geworden. Es vollzog sich einmal eine Wandlung in der Gesetzestechnik, Einzelmaßnahmen, die Verwaltungsakte sein würden, direkt durch Gesetz durchzuführen, und fernerhin machte sich eine umfangreiche Tendenz geltend, das Privateigentum für Zwecke der Allgemeinheit zu benutzen. Dem entsprechend hat es einen guten Sinn, wenn man die Garantie des Einzeleigentums nicht nur gegen die Verwaltung, sondern auch gegen den Gesetzgeber richtete. Es hätte keinen Sinn, wollte man den Wert der Eigentumsgarantie in einer — heute schon selbstverständlichen — Bindung für die Verwaltung allein beschränken und dem Gesetzgeber das Recht zuerkennen, seinerseits einen Eingriff in das Privateigentum im Wege eines — nur formellen — Gesetzes vorzunehmen. Zweck der Eigentumsgarantie war und ist noch immer: Schutz des Eigentums vor Willkürakten, sei es nun, daß der Gesetzgeber oder Verwaltungsbeamte sie vornimmt, das darf heute keinen Unterschied mehr machen. Diese Schranke besteht sowohl gegenüber der privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung.

Von Wichtigkeit und für unseren heutigen Rechtszustand von besonderem Interesse ist aber die Frage über das Maß des Schutzes, wieweit also durch Art. 153 RV. das Einzeleigentum Eingriffen des Gesetzgebers entzogen ist. Selbstverständlich ist, daß die Garantie des Eigentums nicht gegenüber anderen Mächten als der öffentlichen Gewalt schützen soll; der auf Herausgabe belangte Eigentümer kann sich z. B. im Privatprozeß nicht auf Art. 153 berufen, ebensowenig berührt Art. 153 die Vorschriften der §§ 946 ff. BGB. über die Folgen von Verbindung und Vermischung. Seine Bedeutung liegt vielmehr lediglich auf öffentlich-rechtlichem Gebiet.

Auch die Garantie des Einzeleigentums ist keine absolute, sie erleidet vielmehr eine Durchbrechung durch das dem Staat für seine besonderen Zwecke zugestandene Enteignungsrecht, dem aber grundsätzlich eine Entschädigungspflicht beiliegt. Eingriffe in das Privateigentum sind damit also zulässig, soweit sie sich im Rahmen des Enteignungsbegriffes halten.

Eine weitere Möglichkeit gesetzgeberischer Betätigung liegt in dem Erlaß von Vorschriften auf Grund des S. 2 des Art. 153 Abs. 1. Jedoch bringt dieser Satz in seinem Verhältnis zu der Garantie des Einzeleigentums einige Kollision, weil die Auslegung nicht dahin ergehen darf, daß der Gesetzgeber aus S. 2 die Ermächtigung erhalten hat, jederzeit den Inhalt eines einzelnen Eigentumsrechtes gesetzlich zu fixieren, widrigenfalls dadurch die Eigentumsgarantie überhaupt keine Bedeutung haben, sinnlos sein würde. Der Inhalt dieses durch Art. 153 dem Einzeleigentum gewährten Schutzes bedarf aber einer Darlegung. Die Reichweite der Eigentumssicherung in Art. 153 kommt am sinnfälligsten in folgenden zwei Fragen zum Ausdruck: 1. Sind nach der Ver-

fassung Gesetze zulässig, die eine ungleichmäßige Behandlung der Eigentumsverhältnisse vornehmen? 2. Kann durch Gesetz ein Eingriff in das Eigentum einer einzelnen bestimmten oder eines bestimmten Kreises von Personen vorgenommen werden?

Die Beantwortung dieser Fragen ist auf die verschiedenste Weise zu lösen versucht worden. Von besonderer Bedeutung ist einmal die Lösung mittels des heute immer noch so strittigen Verfassungsgrundsatzes von der Gleichheit vor dem Gesetz. (Art. 109, I RV.)

Dieser Satz enthielt nach der für die früheren Verfassungen herrschenden Meinung nur die Norm, daß für alle Deutschen die bestehenden Gesetze gleichmäßig, d. h. ohne Rücksicht auf die Person, anzuwenden seien. Mit der Einführung der neuen Reichsverfassung trat, verursacht durch die Wirren der Nachkriegszeit, mehr und mehr die Ansicht hervor, vertreten durch namhafte Rechtslehrer wie Triepel, Hatschek, Kaufmann, W. Jellinek u. a.[112]), daß der Gleichheitssatz (Art. 109, I RV.) auch eine Schranke für den Gesetzgeber sei, der die Setzung von Rechtssätzen, welche eine differenzielle Behandlung von gleichen Tatbeständen vornehme, verbiete. Dieser Auffassung tritt Anschütz[113]) mit aller Entschiedenheit und m. E. auch triftigen Gründen entgegen. Für ihn ist obiger Satz immer noch eine Richtschnur für den, der das Gesetz handhabt, nicht für den, der das Gesetz gibt, für den Gesetzgeber sei er höchstens nur ein Programmsatz.

Prüft man die Gründe für die Entwicklung der neueren Auffassung, so findet man in der Tat, daß diese mehr und mehr auf ein Natur- oder Vernunftrecht, oder gar überpositives Recht, auf moralische Bindungen, als auf positive Rechtssätze sich stützt. Die gleiche Entwicklung zeigt die Geschichte des Eigentums und der Freiheitsrechte zur Zeit der absolutistischen monarchischen Staaten; eine Entwicklung, wie sie in unserer Zeit bei der Gefahr eines nahenden Parlamentsabsolutismus wiederkehrt und eine Vorkehrung trifft, um ungerechte Auswüchse solcher Tätigkeit zu inhibieren, die namentlich die Regelung konkreter Tatbestände zur Aufgabe des Gesetzgebers machte[114]).

Bei der überaus großen Strittigkeit[115]) der Fragen über die Gleichheit vor dem Gesetz — für deren breitere Einlassung hier kein Raum ist —, von denen heute keiner Richtung eine überwiegend herrschende Anerkennung gezollt wird, erscheint es doch richtiger, die moderne weitere Auffassung nicht zu akzeptieren

[112]) Vgl. Anschütz a. a. O. S. 305; Rümelin, Gleichheit vor dem Gesetz S. 12 ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht S. 156.

[113]) a. a. O. S. 305 ff. Ablehnend auch Thoma, Veröffentl. d. Vereinigg. Dtscher. Staatsrechtslehrer. Heft 3 S. 5879 und Grundrechte und Polizeigewalt S. 271 ff.

[114]) Vgl. oben S. 43 der Arbeit.

[115]) Vgl. neuestens Stier-Somlo. Art. 109 RV. in Nipperdey: Grundrechte und Grundpflichten der RV. S. 158 ff.

und Art. 109 RV. als einen Ausdruck des Staatsethos zu betrachten, dem nur insoweit eine positiv rechtliche Bedeutung zukommt, als er eine Bestimmung für die Anwendung des Gesetzes ist, nicht aber die Gesetzgebung in eine ungleiche Behandlung von Personen und Rechtsverhältnissen beschränkt.

Gegen die neuere Lehre sprechen außen den Argumenten Anschütz und Thomas weitere Bedenken. Schwierigkeiten in unabsehbarem Maße muß die praktische Durchführung des Gleichheitssatzes machen. Welchen Maßstab sollte man überhaupt an den Begriff der Gleichheit stellen, ist die Rechtsgleichheit in sachlicher wie persönlicher Beziehung nicht auch immer noch ein vager und relativer Begriff? Alle Versuche jedenfalls, absolute objektive Maßstäbe aufzustellen, können nicht als befriedigend anerkannt werden, sie bieten für das positive Recht keine brauchbare Unterlage zu einer eindeutigen Unterscheidung von dem, was nach Art. 109 dem Gesetzgeber erlaubt und nicht erlaubt ist. Die Anwendung des Prinzips der Rechtsgleichheit wird notwendig zu einer Fällung von Werturteilen führen. Ferner kann aber auch der Gesetzgeber auf eine unterschiedliche Behandlung der Objekte häufig gar nicht verzichten. Die Ansprüche, mit denen man in neuerer Zeit an den Staat herantritt, Eingriffe und eine weitgehende Regelung des Wirtschaftslebens zum Schutz der Schwachen zu treffen[116]), erfordern aber manchmal geradezu das Recht, die Untertanen verschieden zu behandeln. Wenn auch Individualvorschriften häufig Anstoß erregen, so hieße es doch, staatliche Tätigkeit in Notfällen verbauen, wollte man sie verfassungsrechtlich unmöglich machen.

Man mag dies teleologische Erwägungen schelten, die gegenüber einem Rechtssatz keine Bedeutung haben, ihre Richtigkeit ist jedoch, solange sich die Gegenseite nicht auf ein positives Recht stützen kann, nicht von der Hand zu weisen. Würde man den Gleichheitssatz der modernen Richtung anerkennen, so wird ein großer Teil solcher Gesetze gegen Art. 109 RV. verstoßen und in Folge würde entweder die gesetzgeberische Tätigkeit bei Gefahr eines solchen Verstoßes lahmgelegt oder solchen Gesetzen durch die Gerichte — wenn man die höchst bedenkliche Kontrolle durch den Richter bejaht — die Anwendung versagt werden.

Es scheint aber auch eher die Formulierung des Art. 109 Abs. 1 RV. gegen die moderne Lehre zu sprechen. Alle Deutschen sind v o r dem Gesetze, nicht i m Gesetze selbst gleich. Es soll also hier nicht anerkannt werden, daß das demokratische Gleichheitsideal in Art. 109, I derart seinen Ausdruck gefunden hat, daß nunmehr der Gesetzgeber kein Gesetz erlassen darf, dem eine — gerechtfertigte oder ungerechtfertigte — „klassen- oder personendifferenzierende Behandlung“ beiliegt.

[116]) Die Ermächtigung in Art. 48 RV. ist dazu nicht ausreichend.

C. Schmitt[117]) gibt in neuerer Wendung dem Gleichheitssatz noch den positiv-rechtlichen Inhalt, daß er gesetzgeberische Ausnahmevorschriften verbiete, und daß danach der Gesetzgeber nur allgemeine Regeln aufstellen dürfe. Dieses Gleichheitsprinzip setze aber den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff voraus. Gesetz ist für ihn[118]) — im Anschluß an Duguit — eine generelle Norm und darf sich nicht in einem Einzelbefehl erschöpfen[119]), denn dem gegenüber könne eine Gleichheit nicht bestehen. Das Gesetz darf keine „Maßnahme" sein. Das sind für Schmitt unbedingte Postulate eines Rechtsstaats. Damit würde er uns auch eine Antwort auf unsere obige zweite Frage geben, daß also Art. 109 ein Gesetz, gerichtet gegen ein einzelnes Individuum (Individualnorm) nicht zuläßt. Auch die Ansicht Schmitts kann kaum, obwohl sie sicherlich dem Idealbegriff des Gesetzes entspricht, als positiver Inhalt des Art. 109, I RV. anerkannt werden, sie leidet auch an einer zu ausgedehnten Erweiterung des Begriffs des Einzelbefehls.

Die Auslegung des Begriffs „Gesetz" bereitet Schwierigkeiten wegen seiner Vieldeutigkeit. In seinem Gehalt liegt eine Allgemeinheit und Dauerhaftigkeit der Anordnung, er soll keine einzelne Maßnahme sein. Aber man hat nie daran gezweifelt — auch kann der Staat gar nicht darauf verzichten —, daß er im Wege der Gesetzgebung einen Individualakt vornehmen kann. Daß der Gesetzgeber keine Akte vornehmen darf, die zur Verwaltung oder Rechtsprechung gehören, ergibt sich aus dem Prinzip der Trennung der Gewalten, das zur Grundlage eines jeden neueren Rechtsstaats gehört[120]). Darf nach Schmitt ein Gesetz nur eine Generalnorm sein, so müssen Gesetze stets eine Allgemeinheit der Anordnung treffen, ihr Inhalt muß generelle und abstrakte Geltung haben und für möglichst viele Tatbestandsverwirklichungen zugeschnitten sein. Diese Forderung wurde früher allgemein abgelehnt[121]). Eine allgemeine Anerkennung in Literatur und Rechtsprechung hat die Lehre C. Schmitts noch nicht gefunden, und es ist sehr fraglich, ob sie mit dem Gehalt jemals erfolgt. Ein wichtiges Gegenargument ist immer noch, daß bisher noch nirgendwo festgelegt ist, daß das Gesetz das Merkmal der Generalität seiner Norm enthalten muß, und daß die Weimarer Verfassung ausdrücklich in Gesetzes-

[117]) C. Schmitt, Unabhängigkeit der Richter . . . Rechtsgutsachten S. 20 ff. Vgl. auch O. Mayer a. a. O. II S. 3. der allerdings andererseits eine Enteignung direkt durch Gesetz zuläßt.

[118]) Verfassungslehre S. 138 ff.

[119]) Vgl. schon Thoma, Polizeibefehl S. 60 f.

[120]) W. Jellinek a. a. O. 395 verneint seine Anerkennung in der Weimarer Verfassung. — Ihm zuzugeben ist, daß über seine restlose Durchführung in der deutschen RV. geteilte Meinungen bestehen können.

[121]) Thoma, Die juristische Bedeutung usw. S. 34. Vgl. auch schon die Abhandlungen G. Jellineks in „Gesetz und Verordnung" S. 236 ff. Andererseits die Praxis d. Schweiz. Bundesgerichts: „La legislation peut restreindre le contenu du droit de propriété sans porter atteint au principe constitutionel de l'inviolabilité à la seule condition qu'elle le fasse d'une manière générale, égale pour tous.

form ergehende Staatsakte kennt, die Individualakte sind. Die Forderung, daß der Gesetzgeber keine Individualrechtssätze aufstellen dürfe, schießt deshalb auch im Rechtsstaat weit über das Ziel hinaus.

Nach diesen Darlegungen erscheint es nicht angängig, unsere Fragen mittels des Art. 109 RV. zu beantworten.

Dem schließt sich gleich ein anderer Lösungsversuch an, wenn man den Gesetzesbegriff in Art. 153 RV. mit C. Schmitt notwendig als eine generelle Norm auslegen wollte. Gesetze, die danach eine Einzel- oder Sonderlösung des Eigentums vornähmen, sind damit unmöglich. Den Eigentumsinhalt normierende Gesetze müßten also stets für eine umfassende und allgemeine Regelung von Eigentumsverhältnissen ergehen. Eine den Inhalt eines Einzel eigentums treffende Norm ist nach Art. 153 danach nicht gestattet. Das Ergebnis könnte befriedigen und ist sicher auch so richtig, nur erscheint auch dieser Weg nicht ratsam, weil seine Begründung noch wenig anerkannt ist. Thoma[122]) will die Richtigkeit der Lehre Schmitts über die Generalnorm des Gesetzes für den Gesetzesbegriff in den Grundrechtsartikeln einräumen. Es bestände eine widerlegbare Rechtsvermutung, daß in den Grundrechtssätzen allemal ein Gesetzesbegriff gemeint sei, an den man die Anforderung auf Dauer und Allgemeinheit stellen müsse. In einzelnen Artikeln (wie Art. 111, 118, 135, III, 137, III) sei die Vermutung unbedingt zu bejahen. „Ist diese Vermutung richtig, so wirkt sie zugleich als ungeschriebene Gleichheitsnorm". Es verbieten sich also damit nach Art. 153 Gesetzgebungsakte, die einen auf den einzelnen Fall gerichteten Eingriff in das Privateigentum enthalten.

Der Versuch einer neuen Lösung soll im folgenden gemacht werden, der mir richtiger erscheint, weil er sich durch eine einfache Auslegung des Verfassungstextes ergibt und die eine Bedeutung des Abs. 1 des Art. 153 zeigt. Die Lösung besteht, um es vorweg zu sagen, darin, daß die Ermächtigung des Gesetzgebers in Art. 153, I S. 2, Inhalt und Schranken des Eigentums zu regeln, nur auf das Eigentum als Rechtsinstitut, nicht aber auch auf das Individualeigentum sich bezieht[123]). Das soll besagen, der Gesetzgeber kann Inhalt und Schranken des Eigentums nur als Rechtsinstitut bestimmen, er kann also nicht Inhalt und Schranke an einem einzelnen Gute oder einer einzelnen Person fixieren. Eine Rechtsinstitutsregelung kann aber immer nur eine generelle sein. Was für das Rechtsinstitut Eigentum gilt, gilt natürlich auch für die einzelnen Objektskategorien, das Gesetz kann demnach für das Eigentum an Grundstücken, an Sachen bestimmter Gattung oder an sonstigen Gegenständen eine besondere und von einander abweichende Regelung treffen. Stets ist jedoch zu beachten, daß die gesetzliche Regelung die ganze oder doch weit umfassende Kreise

[122]) Thoma a. a. O. S. 37.
[123]) Vgl. Poetzsch-Hefter, Komm. Art. 153 S. 482.

einer Kategorie im Sinne einer unbestimmten Mehrheit ergreifen muß, weil sonst der Charakter einer Rechtsinstitutsgarantie nicht gewahrt bleibt. Art. 153 Abs. 1 S. 2 erlaubt also den Erlaß von Normen, die den Eigentumsinhalt regeln, aber nur allgemeiner (genereller) Art, weil der Satz 1 eine Norm, gerichtet gegen ein Individualeigentum (Individualnorm), verbietet. Die Eigentumsgarantie in Art. 153 Abs. 1 S. 1 hat die Bedeutung, daß gesetzgeberische Einzelakte gegen das Eigentum nicht gestattet sind, und dieses Verbot kann auch nicht durch den Umweg über S. 2 umgangen werden, wenn nicht der Garantie jeder Wert entfallen soll. Offen bleibt damit die Frage, die hier nicht weiter erörtert werden kann, ob Art. 153, II auch gesetzgeberische Enteigungsakte im Gewande einer Individualnorm verbietet.

Kennzeichnend für die Einreihung einer Gesetzesnorm unter S. 2 ist also das Merkmal der Allgemeinheit ihres Inhaltes[124]). Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines in das Eigentum eingreifenden Gesetzes hat sich deshalb in erster Linie auf dieses Merkmal zu erstrecken. Liegt es nicht vor, und ist der gesetzliche Tatbestand nicht unter den Begriff der Enteignung zu bringen, so entspricht das Gesetz nicht der Verfassung und ist ungültig. Letztere Folgerung wird allerdings nur dann zu ziehen sein, wenn Art. 153 RV. eine abschließende Regelung der Eingriffe in das Eigentum bringt und nicht nur die Materie für die Enteignung und generelle Inhaltsnormierung hat eingehender regeln wollen. Mit dem nach S. 2 vorbehaltenen Recht zur inhaltlichen Gesetzgebung und dem Enteignungsrechte muß die Möglichkeit einer gesetzgeberischen Betätigung des Staates auf dem Gebiete des Eigentumseingriffes abgeschlossen sein. Schwierigkeiten bereitet dann nur die Unterbringung der Eingriffe in das Eigentum, die, wie Einziehung und Vernichtung, aus strafrechtlichen, polizeilichen oder sanitären Rücksichten erfolgen. Diese als mit Art. 153 nicht im Einklang stehend zu verwerfen, dürfte nicht richtig sein. Auf sie die verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Enteignung, auch nur analog anzuwenden, ist ebenfalls nicht angängig, dazu sind die Motive der beiden Institute doch zu verschieden. Derartige Eingriffe müssen aber, soweit sie in generellen Gesetzen enthalten sind, neben Art. 153 zu Recht bestehen, der Verfassungsgeber hat allerdings ihnen keine Erwägung gezollt, weil er, wie mir scheint, sie einfach vergessen hat oder für selbstverständlich hielt. Im übrigen ist aus diesen Gründen eine weitere Berechtigung des Gesetzgebers zu Eingriffen in das Eigentum außer obigen zwei Möglichkeiten nicht herzuleiten.

Unzulässig ist infolgedessen ein Gesetz (auch Reichsgesetz), das bestimmt: Die Person X wird entschädigungslos enteignet. Der Eingriff in das Einzeleigentum ist hier nicht sachlich, sondern

---

[124]) Schon M. Wolff a. a. O. S. 9 erklärt Einzeleingriffe auf Grund S. 2 des Art. 153 für unzulässig.

personell orientiert. Es ist eine „Maßnahme", die trotz des gewählten Ausdrucks in Wahrheit keine Enteignung, sondern eine Konfiskation ist. Eine solche kann aber wiederum nach dem Rechtsstaatsprinzip nur auf Grund eines generellen Gesetzes erfolgen. Konfiskationen in Gesetzesform für den Einzelfall sind mit diesem Prinzip nicht vereinbar und verfassungsrechtlich unzulässig.

Verfassungswidrig sind deshalb auch Gesetze, die eine inhaltliche Normierung des Eigentums nicht treffen und die ohne Enteignungen zu sein, eine Verpflichtung zur Rechtsübertragung festsetzen.

Abschließend festzustellen ist, daß ein Gesetz einmal Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen kann, aber dann eine allgemein verbindliche Geltung haben muß, und ferner, daß der Gesetzgeber im Wege der Enteignung auch für den Landesgesetzgeber entschädigungspflichtige Einzeleingriffe in das Privateigentum vornehmen kann. Kriterium für den ersten Tatbestand ist somit die Allgemeinheit des gesetzlichen Eingriffs und für den zweiten Fall der Einzeleingriff, es ist aber der Gegensatz überhaupt zwischen der bloßen Beschränkung des Eigentums und der Enteignung. Danach kann es weiter keinem Zweifel unterliegen, daß in Art. 153 Abs. 1 S. 2 nur die Beschränkung des Eigentums, die als Generalnorm charakterisiert ist, enthalten ist, während Abs. 2 für die Enteignung Grundsätze aufstellt. Wegen der Enge, die der Art .153 dem Gesetzgeber bietet, erscheinen die Bestrebungen, den Enteignungsbegriff zu erweitern, gerechtfertigt.

Nach dem Gesagten bleibt unsere öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, auch wenn wir sie lediglich als eine Bezeichnung ansehen für eine Reihe von Rechtsnormen und Tatbeständen, die den Inhalt des Eigentums modifizieren. Ja, Art. 153 Abs. 1 macht — das ist seine zweite Bedeutung — gerade im Gegensatz zu früheren Verfassungen eine besondere Rechtfertigung der Rechtmäßigkeit der öffentlich-rechtlichen Beschränkung unnötig. Der Reichsgesetzgeber ist zu einer Betätigung auf ihrem Gebiete grundsätzlich frei, der Landesgesetzgeber bedarf einer reichsgesetzlichen Ermächtigung, die in den Art. 109 ff. EG. zum BGB. vorliegt.

Schluß

Im ganzen ergab die kritische Würdigung, daß der Art. 153 RV. einerseits dem Eigentum doch nicht den Schutz bietet, den man in einem Rechtsstaat für ein Institut von so großer Bedeutung wird verlangen müssen und den man beim Zustandekommen der Reichsverfassung von 1919 dem Eigentum geschaffen zu haben glaubte. Die Gewährleistung des Einzeleigentums ist wegen der nach Art. 153 Abs. 1 zulässigen Einschränkungen des Eigentumsinhalts, in ihrer Reichweite nur eine geringe, weil sie eine einschneidende Entziehung von Eigentumsbefugnissen gestattet, sofern dies nur in genereller Weise geschieht, und das Prinzip der Entschädigung für individuelle Enteignung bindet nur die Landesgewalt, nicht die Reichsgesetzgebung. Andererseits wird durch die Erweiterung des Enteignungsbegriffes in Abs. 2 wohl eine Möglichkeit dringend erforderlicher gesetzlicher Einzeleingriffe geschaffen, aber auch der Landesgesetzgeber bei Beschränkungen des Eigentums mit einer fühlbaren Entschädigungspflicht belastet, die wohl praktisch die häufig sehr segensreiche landesgesetzgeberische Tätigkeit lahmlegen wird.

Die Bindungen des Gesetzgebers durch Art. 153 sind nur gering, entgegen anderen Behauptungen, die nur einem übertriebenen Rechtssicherheitsbedürfnis entspringen, wie es in einer unruhigen Zeit verständlich ist. Das rechte Maß zu finden, bleibt der Klugheit, dem Takte und dem Gerechtigkeitsempfinden des Gesetzgebers überlassen; Art. 153 zieht keine präzisen Grenzen.

Es bliebe noch für unsere Darstellung die Entschädigungsfrage kurz zu streifen. Es ist die Entschädigungspflicht für Eingriffe in das Vermögen des Bürgers in neuerer Zeit mit den Einrichtungen eines Rechtsstaates immanent verknüpft worden, die Entschädigung sei das notwendige Korrelat des Rechtsstaates[125]). Danach entspringt aus dem Charakter des Rechtsstaates für den Staat die Pflicht bei vermögensrechtlichen Eingriffen — sei es durch Gesetz oder durch gesetzmäßigen Verwaltungsakt — den Betroffenen zu entschädigen. Diese Pflicht ist aber heute nach herrschender Auffassung positiv-rechtlich nur soweit verwirklicht, als ein Gesetz den Entschädigungsanspruch gibt.

Nach einer neueren in der Literatur verbreiteten Meinung soll dieser gesetzliche Entschädigungsanspruch durch die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie gegeben sein, die in Art. 153 den allge-

[125]) Vgl. Furler, Das polizeil. Notrecht, Verw.-Arch. Bd. 33 S. 413; Thoma, Jahrb. d. öffentl. R. 1910 S. 214 und RG. Bd. 113 S. 12.

meinen Ausdruck der Gewährleistung des Vermögens des Bürgers gegenüber dem Staate erblickt, sodaß dieser für jedweden Eingriff wegen der Schädigung dieses Vermögensbestandes Ersatz zu leisten habe[126]). Art. 153 soll damit zugleich ein Ersatz für alle anderen in dieser Richtung liegenden Gesetzesbestimmungen sein, die eine Entschädigung nur für einen bestimmten Sonderfall vorsehen. — Das gälte insbesondere von § 75 Einltg. ALR., dessen Anwendung durch die Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831 beschränkt ist[127]). Vorstehende neuere Meinung wird durch die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Auffassung über den Enteignungsbegriff weitgehend gestützt und dem Bestreben, dem von staatlichen Hoheitseingriffen in das Eigentum Betroffenen, eine Entschädigung zu gewähren, entsprang wohl die Initiative zu dieser Entwicklung. Gegen diese Tendenz wendet sich C. Schmitt[128]) wieder mit aller Entschiedenheit, so erklärt sie aus den verstreuten Erweiterungen des Enteignungsbegriffes, die zu der „grenzenlosen Auflösung" dieses Begriffes geführt haben.

Der Rahmen der vorliegenden Abhandlung erlaubt es nicht, sich den Problemen der Entschädigung eingehender zu widmen und namentlich eine Untersuchung vorzunehmen, welchen Einfluß der Art. 153 RV. auf die Lehre über die öffentlich-rechtliche Entschädigungspflicht bei staatlichen Eingriffen in wohlerworbene Rechte haben kann und das Für und Wider der verschiedenen darüber aufgestellten Theorien zu erwägen. Mit diesem kurzen Streifzug in das für die Praxis besonders wichtige Gebiet müssen wir uns hier begnügen.

---

126) Vgl. namentlich Furler a. a. O. S. 391 ff. und Fleiner, Institutionen S. 298 f.
127) Vgl. Anschütz Verfassungsurkunde S. 174 f.
128) Jur. Woch. 1929 S. 496.

Lebenslauf

Am 10. November 1904 wurde ich, Herbert Friebertshäuser, als Sohn des Kaufmanns Georg Friebertshäuser und seiner Ehefrau Friederike geb. Wimmers in Mettmann geboren. Ich bin evangelischer Konfession und besuchte Schulen in Mettmann und Düsseldorf. Am 5. März 1924 bestand ich an der Lessingoberrealschule in Düsseldorf die Reifeprüfung. Nach einer einjährigen Banklehre studierte ich vom SS. 1925 bis WS. 1926/27 in Marburg und vom SS. 1927 bis SS. 1929 in Bonn die Rechtswissenschaften. Am 1. Februar 1929 bestand ich beim Juristischen Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Köln die erste juristische Staatsprüfung, am 1. Februar 1930 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.

Das Thema der vorliegenden Dissertation verdanke ich Herrn Geh. Hofrat Professor Dr. R. Thoma, dem ich auch an dieser Stelle für seine vielseitigen Anregungen meinen herzlichsten Dank ausspreche.